KINDER AUS GETRENNTEN EHEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

VICTOR SPERLING

REFERENDAR

AUS WIESBADEN.

AGAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

WIESBADEN

L. SCHELLENBERG'SCHE HOFBUCHDRUCKEREI

1913.

Referent: Professor Dr. E. Mayer.

Anordnung.

Einleitung.

Seite.

Geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen den Eltern und ihren Kindern bei bestehender und getrennter Ehe 5

Hauptteil.

Vorfrage: Welche Trennungsmöglichkeiten kennt unser heutiges Recht? 12

I. Rechtsstellung der Kinder bei rein tatsächlicher Trennung der Eltern (§ 1353 BGB.) 12

II. Rechtsstellung derselben bei richterlich getrennten Ehen . 13–61

Vorfrage: Unterscheiden sich die Wirkungen der Ehescheidung von denjenigen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft? 13

A. Einfluß der Trennung auf das Verhältnis der elterlichen Gewalt 15–48

1. Die gesetzliche Regelung.

a) Bei Trennung ohne Verschulden 16

b) Im Falle des Verschuldens (§ 1635 I 1) 18

b 1) die Regelung { α) im normalen Falle . . . . . 19; β) in anormalen Fällen 23

b 2) Einfluß besonderer Umstände auf die gesetzliche Regelung nach Rechtskraft des Scheidungs- oder Aufhebungsurteils.

a) Modifikationen der Regelung 30

b) Beendigung der geschaffenen Rechtslage 30

2. Regelung durch Eingreifen des Vormundschaftsgerichts 32

a) Voraussetzungen und Inhalt der vormundschaftsgerichtlichen Anordnungen 32

b) Verfahren 38

Seite

3. Rechtsmittel zur Durchführung des Rechtes der Sorge für die Person 44

B. Die Verkehrsbefugnis 48

C. Unterhalts- und Beitragspflicht 56

III. Erziehungsverträge 61

Schluß.

a) Übergangsrecht 65

b) Örtliche Geltungsgrenzen 69

Die benutzte Literatur ergibt sich aus den Fußnoten.

Einleitung.

Geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen den Eltern und ihren Kindern bei bestehender und getrennter Ehe.

Die Existenz, Blüte und Niedergang eines Volkes stehen im engsten Zusammenhange mit den körperlichen und geistigen Eigenschaften des Individuums. Die gedeihliche Entwicklung des Körpers und des Geistes aber wurzelt vor allem in einer geeigneten Pflege und Erziehung der Jugend, und die Eltern sind es, die vor allen anderen Erziehungsfaktoren von der Natur dazu bestimmt sind, vom ersten Lebenstage des Neugeborenen an Körper und Geist desselben heranzubilden, aus dem schwachen, unpersönlichen, mehr oder weniger gut veranlagten Wesen ein brauchbares Mitglied der Gesellschaft zu schaffen. — Vater und Mutter sind dabei an sich gleichberechtigt und gleichverpflichtet.[1]) Tatsächlich wird allerdings die Pflege des Säuglings in erster Linie der Mutter obliegen, während sich der erziehliche Einfluß des Vaters erst im späteren Kindesalter und auch hier vielfach nur gegenüber den Knaben äußert, zu einer rechtlichen Bevorzugung eines der Elternteile aber gibt die Natur keine Veranlassung. Gleichwohl erscheint eine solche geboten, wo sich etwa eine Einigung zwischen Vater und Mutter in Erziehungsfragen nicht erzielen läßt, eine Möglichkeit, die besteht, wenn auch die Eltern im übrigen in voller Harmonie zusammenleben, die aber in verstärktem Maße hervortritt, wenn ein Bruch zwischen den Eltern deren Trennung nach sich gezogen hat.

[1]) Pfaff, Die Verhandlung des 19. deutsch. Jur.-Tg. 2, S. 157 ff.

Ohne feste Umgrenzung der Befugnisse des einzelnen Elternteils ist hier kein Auskommen, und so entstanden jene Vorschriften, die sich aus den primitivsten Formen heraus im Laufe der Jahrhunderte zu jenem hochvollendeten Verhältnisse zwischen Eltern und Kind entwickelt haben, das wir mit dem Begriff der elterlichen Gewalt umfassen. Ein kurzer geschichtlicher Rückblick möge den Gang dieser Entwicklung zeigen.

Im älteren römischen Recht sehen wir allein den Vater als Inhaber eines nahezu unbeschränkten Herrenrechtes über sein Kind, eines Rechtes, das die Entscheidung über die Freiheit, ja über Tod und Leben des Kindes in seine Hand legte. Von der Anwendung dieser äußersten Gewaltmittel mögen den Vater zwar regelmäßig der Einfluß der Verwandten in dem in schweren Fällen stetem Brauch zufolge einzuberufenden Familiengericht, die Rüge des Zensors, sowie die geistliche Strafe, die bei Mißbrauch drohte, zurückgehalten haben; auch schrumpfte die Macht des Vaters allmählich mehr und mehr zusammen, bis sie endlich in der Kaiserzeit nur noch die Bedeutung eines natürlichen Züchtigungs- und Erziehungsrechtes hatte. Daran aber hat das römische Recht zu allen Zeiten festgehalten, daß der Vater über sein Kind nur um seiner, des Vaters selbst willen, herrsche. Nur das Recht, nicht auch eine Pflicht gegenüber dem Kinde umfaßte die väterliche Gewalt des römischen Rechtes, ein Recht der Mutter kannte sie nicht.

Auch nach deutschem Rechte hatte der Vater in der ältesten Zeit die Gewalt über Leben und Tod des Kindes; noch im Mittelalter ermächtigte ihn der Schwabenspiegel im Falle einer Hungersnot sein Kind zu verkaufen, und bis in die Neuzeit hinein hat er eine ausgedehnte persönliche Gewalt behalten, wenngleich auch die Obrigkeit den Gewaltuntergebenen schon früh gegen Mißbrauch dieser Gewalt zu schützen suchte. Während aber das römische Recht in der väterlichen Gewalt lediglich ein eigennütziges Herrenrecht sah, hat das deutsche Recht ihr mehr den Charakter einer vormundschaftlichen, Schutzrecht und Schutzpflicht umfassenden Schutzgewalt beigemessen, und auch darin zeigt sich eine wesentliche Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechtes,

daß neben dem Vater auch der Mutter ein, wenn auch nur subsidiäres Erziehungsrecht zuerkannt wird.

Als gegen Ausgang des Mittelalters das römische Recht seinen Einzug in Deutschland hielt, wurden formell auch die Grundsätze des römischen Familienrechtes mit übernommen. In der Tat aber vermochte das fremde Recht die in den deutschen Anschauungen festgewurzelte Überzeugung nicht zu verdrängen, daß der Vater dem Kinde gegenüber nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten habe, und daß die Obrigkeit einschreitet, wenn er seine Pflichten verletzt. Auch das bisher anerkannte Recht der Mutter suchte man zu erhalten, indem man neben die väterliche Gewalt, eine Gewalt, die eben nur der Vater innehaben konnte, eine besondere Erziehungsgewalt setzte, welche beiden Eltern zustehen sollte.

Ein vollendetes Bild des Rechtes jener Zeit gewährt uns das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, dessen väterliche Gewalt im wesentlichen den Charakter einer Vormundschaft trägt, die zwar regelmäßig von obervormundschaftlicher Aufsicht frei, sich dennoch im einzelnen Falle den Eingriff der Obrigkeit gefallen lassen muß, sei es, daß dies geschieht, um das Kind gegen Übergriffe des Vaters zu schützen, sei es, um diesem zu helfen, wenn seine Mittel zur Züchtigung des Kindes nicht mehr ausreichen. Beide Eltern, vornehmlich aber der Vater, haben die Pflicht der Gewährung des standesmäßigen Unterhalts, der Pflege und der Erziehung und zu diesem Zwecke ein Züchtigungsrecht. Bei Meinungsverschiedenheiten gibt der Wille des Vaters den Ausschlag. Regelmäßig soll die Erziehung des Kindes bis zum vollendeten 4. Lebensjahre vom Vater der Mutter überlassen werden; eine eigene mütterliche Gewalt neben der väterlichen kennt das preußische Recht aber nicht.

Diese zu schaffen, sollte dem französischen Zivilrecht vorbehalten bleiben, indem es zuerst an die Stelle der väterlichen eine grundsätzlich beiden Elternteilen zustehende Gewalt setzte, die während bestehender Ehe allerdings regelmäßig vom Vater allein ausgeübt wurde, deren Ausübung aber auf die Mutter überging, wenn der Vater seine Gewalt aus irgendeinem Grunde verlor, oder wenn er verhindert war, sie auszuüben.

Lange Zeit hindurch beherrschten zum Teil die französisch-rechtlichen Grundsätze, zum Teil das mehr und mehr den deutschrechtlichen Anschauungen angepaßte gemeine Recht unser einheimisches Recht, ohne daß jedoch die Entwicklung des letzteren in allen Teilen Deutschlands gleichen Schritt gehalten hätte. Vielfach entbehrten hier die rechtliche Stellung der Mutter, sowie das Aufsichtsrecht der Obrigkeit einer bestimmten Umgrenzung. Erst das bürgerliche Gesetzbuch hat für das ganze Reich ein deutschen Anschauungen entsprechendes durchgebildetes Elternrecht geschaffen, indem es der Mutter grundsätzlich die gleiche Rechtstellung wie dem Vater einräumte. Es erfüllte damit eine Forderung der von ihm im Prinzip anerkannten vollen Handlungsfähigkeit der Frau, die es verbietet, ihr auf dem Gebiete des Privatrechts ein Handeln da zu versagen, wo sie auf Grund der natürlichen Verhältnisse zum Handeln berufen ist.[1])

In erster Linie übt zwar auch hier der Vater, und dies regelmäßig, so lange er lebt, die elterliche Gewalt aus, er hat vornehmlich Recht und Pflicht für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, sowie das Recht der gesetzlichen Vertretung des Kindes, und ihm steht die Nutznießung am Kindesvermögen zu. Das Recht der Sorge für die Person des Kindes aber hat neben dem Vater selbständig auch die Mutter mit der Maßgabe allerdings, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern die Meinung des Vaters vorgeht.

Solange die väterliche Gewalt ein Recht der Mutter nicht neben sich duldet und solange sie andere Interessen als die des Vaters nicht kennt, muß sie unabhängig sein vom Bestand der Ehe.

Aus diesem Grunde vermissen wir im älteren römischen Recht eine besondere Regelung des Eltern- und Kindesverhältnisses für den Fall der Trennung der Gatten. Allerdings gewährte schon Antoninus Pius der Mutter nach der Trennung der Ehe ausnahmsweise ein Erziehungsrecht (fr. 1, § 3, fr. 3, § 5, D. 43, 30), Diokletian und Maximian (c. un. Cod. 5, 24)

[1]) Mot. IV, S. 736.

gaben dem Richter die Entscheidung darüber, welchem der Ehegatten die Kinder zu überlassen seien und Justinian endlich (N. 117 c. 7) ließ die Schuld an der Scheidung über das Recht des erziehungsberechtigten Gatten entscheiden. Soweit aber die Mutter hierdurch ein Erziehungsrecht erwarb, geschah dies im Widerspruch zu den sonst geltenden Grundsätzen der väterlichen Gewalt.

Anders ist es, wo auch der Mutter neben dem Vater gewisse selbständige Rechte zuerkannt werden. Wenn hier der eine Elternteil während bestehender Ehe gegen den andern zurücktritt, so hat dies seinen Grund eben darin, daß man die Weiterungen vermeiden wollte, die ein widerstreitender Wille Gleichberechtigter mit sich bringt. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern muß der Wille eines der beiden Teile den Ausschlag geben können, und gerade der Vater ist vermöge seiner natürlichen Autorität hierzu berufen. Was aber berechtigt erscheint, solange beide Elternteile zusammenleben, mag jeglicher Begründung entbehren im Falle einer Trennung der Gatten. Die tatsächlichen Beziehungen der Eltern untereinander sind durchaus verschieden bei bestehender und bei getrennter Ehe. Mit der Änderung der Voraussetzungen für eine Abgrenzung der Rechte der einzelnen an sich völlig gleichberechtigten Gatten muß logischerweise auch eine Änderung dieser Abgrenzung selbst Hand in Hand gehen, sofern nunmehr Gründe, die eine Beschränkung des einen Gatten zugunsten des andern forderten, nicht mehr bestehen. Indes nicht nur die grundsätzliche Gleichberechtigung der Eltern, vielmehr auch das Interesse der Kinder rechtfertigt eine Modifikation der regelmäßigen Vorschriften. Trotz der Einschränkung, die das Recht der Mutter bei bestehender Ehe erfahren muß, sind die Eltern, wie wir gesehen haben, tatsächlich doch beide zu gemeinsamer Fürsorge für ihre Kinder verpflichtet; beide sollen als rechte Ehegatten und Eltern zusammen auf das Wohl ihrer Kinder bedacht und bestrebt sein, sich gegenseitig in Liebe und Treue bei der Erziehung zu unterstützen[1]). Gerade in dem Zusammenwirken beider Eltern-

[1]) André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, S. 22.

teile, in ihrer gegenseitigen Kontrolle, liegt eine besondere Gewähr für eine gute und sorgfältige Erziehung. Mit der Trennung der Ehegatten aber wird eine gemeinsame Fürsorge für die Kinder unmöglich und die in ihr beruhende Garantie entfällt.

Wo daher der Mutter selbständige Rechte neben dem Vater zuerkannt sind, hat die Gesetzgebung auch den besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Die entsprechenden Vorschriften des allgemeinen Landrechtes finden sich dort Teil II, Titel 2, § 92 ff.[1]). Danach verlieren im Falle der Ehescheidung die regelmäßigen Bestimmungen ihre Kraft, und das Vormundschaftsgericht befindet nunmehr je nach der Sachlage über die Erziehung der Kinder, wobei in erster Linie ein etwaiges Einverständnis der Eltern Berücksichtigung findet. Einen vorzüglichen Anspruch auf die Erziehung hat der unschuldige Gatte, jedoch sollen auch dem schuldigen Vater die Söhne belassen bleiben, sofern nicht begründete Besorgnis einer schlechten Erziehung besteht, und die Töchter sollen möglichst der Mutter überwiesen werden, auch wenn kein Teil der schuldige war. Der Mutter, selbst der schuldigen, sollen alle Kinder bis zum vollendeten 4. Jahre verbleiben, wenn nicht erhebliche Besorgnisse einer Vernachlässigung der Kinder dagegen sprechen. Rechtfertigen die Scheidungsgründe die Besorgnis einer schlechten Erziehung seitens beider Gatten, so soll das Vormundschaftsgericht einen Pfleger mit der Erziehung der Kinder betrauen. Dem von der Erziehung ausgeschlossenen Ehegatten verbleibt unter gewissen Beschränkungen die Befugnis, mit den Kindern zu verkehren. Die schuldige Mutter hat aus ihren Einkünften einen Beitrag zu den Kosten der Erziehung zu leisten. Auch im Falle bloß tatsächlicher Trennung der Ehegatten kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag die Erziehung der Kinder anderweit regeln.

Im französischen Recht[2]) ist die Einwirkung der Trennung der Ehegatten auf ihr Verhältnis zu den Kindern eine verschiedene, je nachdem die Trennung beruht auf der „Ehe-

[1]) v. Rönne, Allgem. Landrecht 3, S. 248 ff. Dernburg, preuß. Privatrecht § 51.

[2]) Zachariae, Franz. Zivilrecht 3, § 486 ff.

scheidung aus bestimmter Ursache", auf derjenigen „zufolge Übereinstimmung der Ehegatten", oder endlich auf der „Sonderung von Tisch und Bett". Im ersteren Falle stehen nach erfolgter Scheidung die Rechte der elterlichen Gewalt unter Vorbehalt einiger weniger Ausnahmen, die das Gesetz macht oder dem Richter zu machen gestattet, allein dem unschuldigen Gatten zu, gleich als ob der andere Gatte gestorben sei. Erfolgt die Scheidung zufolge Übereinkunft der Gatten, so dürfen und sollen diese auch über die Ausübung der elterlichen Gewalt die erforderlichen Bestimmungen treffen. Diese unterliegen alsdann zugleich mit der Übereinkunft über die Scheidung der Prüfung des Richters. Die Sonderung von Tisch und Bett endlich läßt die Rechte der elterlichen Gewalt sowie das Verhältnis, in dem die Eltern bei der Ausübung derselben zueinander stehen, unberührt. Obwohl aber danach die Kinder grundsätzlich dem Vater zu belassen wären, sind die Gerichte hier im Interesse der Kinder dennoch ermächtigt, diese der Mutter oder auch einer dritten Person anzuvertrauen, wenn die Gründe, die zu der Trennung der Gatten führten, eine solche Ausnahme rechtfertigen.

In vielen Punkten hiervon abweichend, hat das BGB. die Einwirkung der Trennung der Ehegatten auf das Eltern- und Kindesverhältnis behandelt. Diese Einwirkungen im einzelnen zu zeigen, ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

Hauptteil.

Vorfrage.

In drei Fällen erkennt das BGB. ein Recht der Ehegatten, getrennt zu leben, an. Während diese im allgemeinen einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, gestattet ihnen das Recht ein Getrenntleben einmal, wenn sich das Verlangen des einen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes darstellt, oder sobald der andere Ehegatte auf Scheidung zu klagen berechtigt ist (§ 1353). Weiter führen die Ehescheidung (§ 1564 BGB.) und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) zu einer Trennung der Ehegatten. Andere Fälle aber sind unserem Rechte unbekannt, insbesondere würde die an sich mögliche Vereinbarung der Eltern, getrennt leben zu wollen, irgendwelche hier wesentliche Rechtswirkungen nicht haben.

I. Rechtsstellung der Kinder bei rein tatsächlicher Trennung der Eltern (§ 1353 BGB.).

Was zunächst die rein tatsächliche Trennung der Ehegatten im Falle des § 1353 anlangt, so hat das Gesetz hier uns interessierende besondere Vorschriften nicht erlassen. Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Eltern und ihren Kindern bleiben daher unberührt.[1]) Wenn auch vielleicht im einzelnen Fall eine andere Abgrenzung der elterlichen Rechte durch besondere, den Eigentümlichkeiten des bestehenden Zustandes mehr angepaßte Vorschriften am Platze erscheinen möchte, so reichen doch im allgemeinen die vorhandenen gesetzlichen

[1]) KG. 12. Juli 05 in RJA. 6. 92; 18. Dezember 01 in ROLG, 4, 103. Staudinger, Anm. 9 zu § 1635.

Bestimmungen völlig aus. Meist wird die Trennung nur vorübergehend sein und so eine besondere Regelung ohne Gefährdung der Interessen sowohl des Kindes, als auch der Eltern entbehrlich machen. Zuweilen wird ihr die Ehescheidung folgen, die dann ohnedies eine Änderung der bestehenden Gewaltverhältnisse zwischen Eltern und Kind herbeiführt. Ist die Trennung aber von längerer Dauer, ist etwa der Vater unter Zurücklassung von Frau und Kind ins Ausland gegangen und somit tatsächlich verhindert, sich um sein Kind zu kümmern, so wird dem schon die allgemeine Vorschrift des § 1685 BGB. gerecht, indem hier der Mutter das Recht, die elterliche Gewalt auszuüben, zukommt. Überdies untersteht das Kind jederzeit dem Schutze des Vormundschaftsgerichtes, das gemäß § 1666 BGB. in den dort angeführten Fällen zugunsten des Kindes einzugreifen berechtigt und verpflichtet ist, wenn der Vater, gegebenenfalls auch die Mutter, das leibliche und geistige Wohl des Kindes gefährdet.

Da es also im Falle einer bloß tatsächlich getrennten Ehe bei den allgemeinen Vorschriften sein Bewenden hat, so würde ein näheres Eingehen auf die einzelnen hier in Frage kommenden rechtlichen Bestimmungen über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen. Es mag daher bei der Feststellung bleiben, daß Modifikationen der regelmäßigen Gesetzesbestimmungen grundsätzlich nicht eintreten. Sollten sich ausnahmsweise doch irgend welche Besonderheiten ergeben, so mögen diese an den betreffenden Stellen der Abhandlung Berücksichtigung finden. Im übrigen aber beschränkt sich die zu führende Untersuchung auf die Frage nach den Einwirkungen der beiden anderen oben genannten Trennungsgründe, der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

II. Rechtsstellung der Kinder bei richterlich getrennten Ehen. Vorfrage.

Bevor wir diese Einwirkungen im einzelnen prüfen sei es mir gestattet, auf eine Gesetzesbestimmung hinzuweisen, die die Darstellung wesentlich vereinfachen dürfte. Die be-

treffende im § 1586 BGB. enthaltene Bestimmung lautet: Wird nach § 1575 die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein. Ist hieraus zu entnehmen, daß die Ehescheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft das Eltern- und Kindesverhältnis in genau gleicher Weise beeinflussen, so erübrigt sich damit eine sonst nötige besondere Darstellung der Einwirkungen beider Institute.

Davon ausgehend, daß durch die Scheidung eine Auflösung der Ehe herbeigeführt werde, während diese bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dem Bande nach fortbestehe, hat man in der Literatur[1]) hinsichtlich der Wirkungen der Ehescheidung zwischen solchen unterscheiden zu müssen geglaubt, die ihren Grund in der durch die Scheidung bedingten Auflösung der Ehe haben, die also in gleicher Weise auch mit den beiden anderen vom Gesetz anerkannten Eheauflösungsgründen, dem Tode und der Wiederverheiratung des Ehegatten eines für tot Erklärten, verknüpft sind, und solchen, die gerade für die Scheidung charakteristisch sind, den sogenannten „spezifischen Scheidungswirkungen".[2])

Da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Auflösung der Ehe nicht nach sich ziehe, so seien zu den im § 1586 genannten Wirkungen der Ehescheidung die vom Gesetz ausdrücklich an die Auflösung der Ehe geknüpften Wirkungen jedenfalls nicht zu zählen. — Es läßt sich darüber streiten, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe dem Bande nach bestehen läßt oder deren Auflösung bewirkt. Im letzteren Falle wäre natürlich für die gemachte unterschiedliche Behandlung der Scheidungswirkungen kein Raum; aber selbst wenn man ein Bestehenbleiben der Ehe annehmen will, und das möchte ich tun, liegt m. E. kein Grund vor, der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, wenigstens was das Verhältnis zwischen Eltern und Kind anlangt, unter Umständen andere Wirkungen beizumessen, als der Ehescheidung. Das Gesetz selbst, das lediglich von den „Wirkungen der Scheidung"

[1]) Staudinger Vorbens 7 vor § 1564.
[2]) Staudinger III a zu § 1586.

spricht, macht hinsichtlich der Art derselben keinen Unterschied, und zwei in § 1586 Satz 1 Abs. 2 und Satz 2 ausdrücklich angeführte Ausnahmen (deren Inhalt hier nicht interessiert), sprechen dafür, daß im übrigen sämtliche Wirkungen der Ehescheidung auch im Falle der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eintreten sollen. Abgesehen davon ist, wenn auch wirklich bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe fortbesteht, das tatsächliche Verhältnis der Eltern untereinander und namentlich zu den Kindern durchaus das gleiche im Falle der Scheidung sowohl, wie bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Um einer juristischen Konstruktion willen aber dort Unterschiede zu machen, wo in der Tat keine bestehen, ist, zumal das Gesetz dafür einen Anhalt nicht gibt, m. E. nicht zulässig.

Daß diese Ansicht auch dem Willen des Gesetzes entspricht, wird sich später zeigen, einstweilen genüge die Feststellung, daß ein Unterschied in den Wirkungen der Ehescheidung und denjenigen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht zu machen ist. Was daher im Folgenden von der Ehescheidung gesagt wird, gilt in gleicher Weise auch von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Wie sich im einzelnen der Einfluß beider Institute auf das Verhältnis der Eltern zu den Kindern, und zwar zunächst auf das elterliche Gewaltverhältnis äußert, sei nunmehr erörtert.

A. Einfluß der Trennung auf das Verhältnis der elterlichen Gewalt.

1. Die gesetzliche Regelung.

Das Aufhören des Zusammenlebens der Ehegatten und der dadurch bedingte Wegfall der in ihrem Zusammenwirken ruhenden Gewähr für eine sorgfältige Kindeserziehung sind es, die, wie wir oben gesehen haben, eine Neuregelung des Eltern- und Kindesverhältnisses erheischen. Daraus folgt, daß für alle diejenigen Beziehungen zwischen den Eltern und Kindern, die ein Fortbestehen der ehelichen Gemeinschaft nicht zur Voraussetzung haben, eine Änderung der bestehenden Regel

überflüssig ist. Dementsprechend hat das BGB. die Vorschriften über die Sorge für das Vermögen und über die gesetzliche Vertretung des Kindes in Vermögens- wie persönlichen Angelegenheiten unberührt gelassen (§ 1635 II), und nur das Recht der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes der Neuregelung unterworfen (§ 1635 I).[1]) Dabei ist es von dem Verschuldungsprinzip ausgegangen, d. h. es knüpft an die Scheidung entsprechende Wirkungen nur dann, wenn diese wegen Verschuldens eines oder beider Ehegatten erfolgt. Um den schuldigen Gatten zu strafen, hat es ihm gewisse Rechte aberkannt, die es dem unschuldigen gewährt; mag es auch gewissenlose Eltern geben, die froh sind, mehr oder weniger der Sorge für ihre Kinder enthoben zu sein, so muß doch jeder anständig denkende Mensch eine durch eigenes Verschulden veranlaßte Rechtsminderung als Strafe empfinden. Ein Grund zur Strafe liegt nicht vor, wo keiner der Ehegatten die Schuld an der Scheidung trägt.

a) Bei Trennung ohne Verschulden.

Dies ist der Fall bei der Scheidung wegen Geisteskrankheit des einen Elternteils. Hier bleibt es daher bei den allgemeinen Regeln. Danach behält der Vater bei Geisteskrankheit der Mutter die Sorge für die Person des Kindes in vollem Umfange. Die Beschränkung, der das Recht des Vaters gemäß § 1634 BGB. unterliegt, entfällt, da eine selbständige Ausübung des Personensorgerechtes durch die geisteskranke Mutter rechtlich unmöglich ist. Ist der Vater geisteskrank so ruht gemäß § 1676 BGB. seine elterliche Gewalt, da er nach § 104 Nr. 2 bezw. 3 geschäftsunfähig ist. In diesem Falle hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen, wenn keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. Auch die Mutter erlangt hier und aus derselben Erwägung, die soeben zugunsten des Vaters angestellt wurde,

[1]) Anmerkung: Auch die nicht auf der ehelichen Lebensgemeinschaft, vielmehr nur in der ehelichen Geburt begründeten Kindesrechte, wie Namens-, Unterhalts- und Erbrecht sind unberührt geblieben.

die volle elterliche Gewalt unbeeinträchtigt von einem neben dem ihrigen bestehenden Personensorgerecht des Vaters (§ 1676 II).[1]) Unterläßt es die Mutter, den erforderlichen Antrag zu stellen, oder wird ihrem Antrage nicht entsprochen, so muß nunmehr den Kindern gemäß § 1773 BGB. ein Vormund bestellt werden, da hier keiner der Elternteile zur Vertretung der Kinder, weder in den das Vermögen, noch die Person betreffenden Angelegenheiten berechtigt ist.

An dieser Stelle sei an das erinnert, was oben von der seitens einiger Schriftsteller geforderten unterschiedlichen Behandlung der Wirkungen der Scheidung einerseits und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft andererseits gesagt wurde. Wollte man dieser Forderung nachgeben, so hätte das, wenn man davon ausgeht, daß durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Auflösung der Ehe nicht herbeigeführt wird, zur Folge, daß im Falle der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wegen Geisteskrankheit des Vaters gemäß § 1685 I ohne weiteres der Mutter das Recht, die elterliche Gewalt auszuüben, zustände, ohne daß es also eines Antrags und der Übertragung durch das Vormundschaftsgericht bedürfte. Daß aber das Gesetz hier eine solche Unterscheidung nicht beabsichtigt hat, geht deutlich aus den Gründen hervor, die zu der Fassung des jetzigen § 1685 führten. Die Protokolle zu § 1573 des zweiten Entwurfes führen in dieser Hinsicht etwa folgendes aus: Das Interesse der Kinder verbiete jeden vermeidlichen Wechsel in der Person des Erziehenden. Da das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters regelmäßig nur von vorübergehender Dauer sei, so sei deshalb hinsichtlich eines Überganges der elterlichen Gewalt auf die Mutter zwecks Vermeidung eines Personenwechsels Vorsicht geboten. Solange die Ehe noch bestehe, sei ein Eintreten der Mutter in die elterliche Gewalt des Vaters unbedenklich, weil hier eine Änderung der Erziehungsgrundsätze nicht zu befürchten sei und im Erfolg ein Wechsel in der Person des Erziehenden nicht vorliege. Werde aber die Ehe aufgelöst, so sei meist eine Zerrüttung des Verhältnisses zwischen den Eltern eingetreten, die eine

[1]) Staudinger, Anm. 3 a zu § 1676; Fuchs, Das deutsch. Vormundsch.-Recht S. 165, Note 9.

Übereinstimmung der Eltern in der Erziehungsfrage nicht mehr gewährleiste, so daß ein Übergang der elterlichen Gewalt auf die Mutter oft nur für kurze Zeit sehr bedenklich erscheinen müsse." Was hier von den Verhältnissen bei bestehender Ehe gesagt wird, trifft auf den Fall der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gewiß nicht zu, tatsächlich entsprechen die Beziehungen der Eltern zueinander bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dem für den Fall der Auflösung der Ehe Angeführten.

b) Im Falle des Verschuldens (§ 1635 I 1).

Hat nicht Geisteskrankheit des einen Elternteiles die Veranlassung zur Scheidung gegeben, ist diese vielmehr aus einem der anderen vom Gesetze anerkannten Scheidungsgründe, etwa wegen Ehebruchs (§ 1565), Lebensnachstellung (1566), böslichen Verlassens (1567) oder aus den im § 1568 genannten relativen Scheidungsgründen, also wegen Verschuldens eines oder beider Ehegatten, erfolgt, so bedingt dies, wie wir bereits sahen, eine besondere Regelung des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes.

Was zunächst den Inhalt und Umfang dieses Rechtes anlangt, so unterrichten uns hierüber im einzelnen die §§ 1631 und 1632 BGB. Danach enthält die tatsächliche Sorge für die Person zunächst das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, d. h. in einer seinen Interessen, Fähigkeiten und sonstigen Verhältnissen angemessenen Weise für seine körperliche, geistige und sittliche Ausbildung zu sorgen.[1]) Sie enthält weiter das Recht und die Pflicht, das Kind zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen, sowie endlich das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Fürsorgeberechtigten widerrechtlich vorenthält. Eine erschöpfende Darstellung des Inhaltes der Personensorge will das Gesetz damit nicht geben,[2]) eine solche würde auch kaum

[1]) Mot. IV, S. 750.

[2]) Vergl. E. I, 1504; Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt insbesondere die Sorge für die Erziehung des Kindes und die Aufsicht über dasselbe. Staudinger, Vorbem. II, vor 1631.

möglich sein; ganz allgemein umfaßt die Sorge für die Person alle diejenigen Angelegenheiten, die die Person des Kindes betreffen. Ist die Ehe geschieden, so ist nunmehr zunächst der schuldige Teil festzustellen. Diese Feststellung wird erleichtert durch die Vorschrift des § 1574 BGB., nach der der Schuldausspruch im Scheidungsurteil enthalten sein muß.[1])

b 1) Die Regelung.

α) Im normalen Falle.

Ist danach allein der Vater schuldig, so bleibt ihm gemäß § 1635 von seinen ursprünglichen Machtbefugnissen nur die gesamte Kindesvertretung, sowie das Recht der Vermögensverwaltung mit dem Rechte der elterlichen Nutznießung. Das Recht der tatsächlichen Sorge für die Person aller Kinder ohne Unterschied des Alters und des Geschlechtes aber kommt ausschließlich der Mutter zu. Hatte also die Mutter bei bestehender Ehe gemäß § 1634 lediglich n e b e n dem Vater Recht und Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, und war sie bei einer Meinungsverschiedenheit stets dem stärkeren Willen des Vaters unterworfen, so ist sie nach der Scheidung in der Ausübung der Personensorge vollkommen selbständig. Der Umstand, daß die Mutter etwa noch minderjährig ist, hindert sie nicht an der Handhabung der tatsächlichen Sorge (§§ 1676 Abs. 2, Satz 1 und 2, 1686, 1696).

Ist ausschließlich die Mutter der schuldige Teil, so hat nunmehr der Vater allein die elterliche Gewalt. Das der Mutter gemäß § 1634 an sich zustehende Recht der Anteilnahme an der tatsächlichen Personensorge fällt weg.

Sind beide Ehegatten schuldig, so bleibt dem Vater außer der gesamten Vertretung und Vermögensverwaltung mit dem Rechte der elterlichen Nutznießung die tatsächliche Sorge für die Person der Söhne über 6 Jahren überlassen, während der Mutter die Sorge für sämtliche Töchter und die Söhne bis zum

[1]) Wobei es allerdings gleichgültig ist, ob dieser Schuldausspruch im Urteilstenor enthalten ist oder sich nur aus den Gründen ergibt. KG. v. 30. VIII. 06 in EFG. 8, S. 5 ff.

Alter von 6 Jahren zuerkannt wird. Hinsichtlich der Söhne über 6 Jahren hat die Mutter die gleiche Stellung, wie im Falle ihrer Alleinschuld, dagegen entspricht ihre Stellung den andern Kindern gegenüber derjenigen, die sie im Falle der Alleinschuld des Ehemannes einnimmt.

Soweit nur einer der Ehegatten die Schuld an der Scheidung trägt, ist das Gesetz in seiner Regelung dem Verschuldungsprinzip gefolgt. Dieses Prinzip mußte indes versagen, wo die Schuld eine beiderseitige ist. Rein formale Billigkeitserwägungen haben hier die Grundlage zu Bestimmungen gebildet, die notwendigerweise zu einer Entfremdung der Kinder und damit zu einer noch erheblicheren Vertiefung des Risses im Familienbande führen müssen, als ihn die Scheidung an sich schon nach sich zieht. Eine andere Verteilung des Sorgerechtes könnte hier unter Umständen viel Unheil verhüten.

Die Modifikationen des elterlichen Gewaltrechtes treten mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils ein.[1]) Einer anderen Ansicht, die bereits den Erlaß des Scheidungsurteils für maßgebend erklärt,[2]) und dies damit begründet, daß die Wirkungen des § 1635 I 1 entsprechend seiner Fassung „mit der Scheidung" eintreten sollen, die sich ihrerseits gemäß § 1564 Satz 2 schon durch das Urteil als solches vollziehe, ist nicht zu folgen. Wenn § 1564 davon spricht, daß „die Scheidung durch Urteil erfolge", so soll dies weiter nichts besagen, als daß eine Trennung der Ehe nur durch die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte, nicht aber etwa z. B. durch den Standesbeamten, vor dem die Ehe geschlossen wird, durch ein geistliches Gericht, oder durch den Landesherrn bewirkt werden kann.[3]) Sollten bereits mit Erlaß des Scheidungsurteils die Modifikationen des § 1635 I 1 eintreten, so würde die Vorschrift des § 630 ZPO. unverständlich sein, die dem Prozeßgericht aufgibt, „nach dem Eintritt der Rechtskraft" des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht von dem Vorhandensein eines gemeinschaftlichen minderjährigen Kindes der Ehegatten Mitteilung zu machen,

[1]) So zutreffend Staudinger Anm. 5 a zu § 1635. Licius S. 23; KGJ. 37, A. 13; RJA. 10, 94.

[2]) Opet, S. 320.

[3]) Fischer-Henle, Anm. 1 zu 1564.

damit dieses eventuell zum Schutze des Kindes einschreite, wenn die Vorschriften des § 1635 I 1 aus besonderen Gründen dessen Interessen nicht genügen (§ 1635 I 2). Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz ohne Grund eine so wichtige Maßnahme bis zum Beginne der Rechtskraft hinausschieben sollte. Auch würde es im höchsten Grade unzweckmäßig sein, mit dem noch nicht rechtskräftigen Urteil die Wirkungen des § 1635 I 1 zu verbinden. Solange ein Urteil die Rechtskraft nicht beschritten hat, bleibt eine Abänderung im Wege der Anfechtung stets möglich. Würde dadurch im vorliegenden Falle beispielsweise eine Änderung des Schuldausspruches herbeigeführt, so hätte dies gemäß § 1635 I 1 den vom Gesetze gerade so verpönten Wechsel in der Person des Erziehungsberechtigten zur Folge. Nach alledem wird man mit Recht den Eintritt der Modifikationen des § 1635 I 1 vom Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils abhängig machen. Mit diesem Zeitpunkt vollzieht sich dann ohne weiteres der Übergang von der früheren in die neue Rechtslage. In diesem Sinne sagt das Gesetz: die Sorge für die Person des Kindes „steht zu".

Die Vorschriften, die der Mutter das unbeschränkte Recht der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes gewähren, im übrigen aber den Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt anerkennen, bieten manchen Anlaß zu Streitigkeiten zwischen den beiden Elternteilen. Im einzelnen Falle kann es nämlich zweifelhaft sein, ob eine Angelegenheit des Kindes zu den persönlichen gehört, oder ob sie etwa in das Gebiet der Sorge für das Vermögen fällt. Daß eine persönliche Angelegenheit des Kindes kraft Gesetzes vermögensrechtliche Folgen hat, nimmt ihr nicht den persönlichen Charakter.[1]) Denkbar ist es auch, daß eine Angelegenheit sowohl in den Bereich der Personensorge, wie in den der Vermögensverwaltung fällt, und endlich können sich Schwierigkeiten ergeben bei der Frage, ob die Erledigung einer bestimmten Angelegenheit Sache des tatsächlich Fürsorgeberechtigten ist, oder ob sie sich etwa als Akt der gesetzlichen Vertretung

[1]) Wie Breit in Bl. f. RA. Bd. 73, S. 883 ff. treffend ausführt.

darstellt. Kommt es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern darüber, wer von ihnen zum Handeln befugt ist, oder aber, können sich die Eltern im Falle einer Berechtigung beider über die Art und Weise der Regelung der betreffenden Angelegenheit nicht einigen, so fragt es sich, wie dem abzuhelfen sei. Nach richtiger Ansicht ist hier das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung berufen. Die Frage ist zwar bestritten, und es wurde früher namentlich auch vom Kammergericht[1]) der Standpunkt vertreten, daß in Fällen der genannten Art das Prozeßgericht zu entscheiden habe. Diesen Standpunkt hat das Kammergericht indes jetzt mit Recht verlassen.[2]) Das Gesetz spricht die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ausdrücklich zwar nur aus für die Fälle, daß einmal die Sorge für die Person oder die Sorge für das Vermögen des Kindes einem Pfleger, sodann daß die Sorge für die Person und die Vermögenssorge verschiedenen Vormündern zusteht und entweder der Vater und der Pfleger, oder aber die beiden Vormünder in eine Meinungsverschiedenheit über die Vornahme einer sowohl die Person wie das Vermögen berührenden Handlung geraten (§§ 1629, 1798 BGB.). Aus diesen Bestimmungen aber ist der gemeinsame Obersatz zu entnehmen, daß bei einer Teilung des Sorgerechtes eine eventuell notwendige Entscheidung über einen Streit, der sowohl das Gebiet der Personensorge, wie dasjenige der Vermögensverwaltung berührt, durch das Vormundschaftsgericht erfolgen soll, und einer analogen Anwendung dieses Satzes auf den vorliegenden Fall dürfte nichts im Wege stehen, zumal das Gesetz offenbar den Zweck verfolgt, im Interesse des Kindes zu verhüten, daß infolge eines Meinungsstreites zwischen den Sorgeberechtigten eine notwendige Maßregel einfach unterbleibt, oder doch erst auf dem mit viel mehr Umständen verbundenen und kostspieligeren Wege des Zivilprozesses erkämpft werden muß.[3])

Wie aber die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts somit begründet ist, wenn es sich um die Erledigung einer

[1]) Beschluß vom 12. Dezember 04 in Jahrb. Bd. 29 A S. 18.
[2]) EFG. Bd. 8, S. 9 ff.
[3]) Mot. IV, 741, 1095. P. IV, 558.

Meinungsverschiedenheit hinsichtlich einer Angelegenheit handelt, die sowohl das Gebiet der Sorge für die Person, wie dasjenige der Sorge für das Vermögen berührt, so muß sie ebenso anerkannt werden auch in dem oben genannten Falle eines Streites zwischen der Mutter als Inhaberin der tatsächlichen Sorge für die Person und dem Vater, als gesetzlichem Vertreter in persönlichen Angelegenheiten. Die Zulässigkeit der Ausdehnung auf diesen Fall ist zwar verneint worden[1]) unter Hinweis auf den Ausnahmecharakter der Vorschriften der §§ 1629 und 1798, die dem Vormundschaftsgericht eine Entscheidung auch über Zweckmäßigkeitsfragen gäben, eine Befugnis, die ihm allerdings sonst nicht zusteht. Dem oben beschriebenen Sinn und Zweck des Gesetzes wird es aber jedenfalls mehr entsprechen, auch hier das Vormundschaftsgericht entscheiden zu lassen, zumal die Fälle innerlich durchaus gleichgeartet erscheinen.

β) In annormalen Fällen.

Eine Verteilung des Rechtes der Sorge für die Person unter die Eltern nach Maßgabe der Vorschriften des § 1635 I 1 ist nicht unter allen Umständen durchführbar. Ihre Durchführung wird vielmehr zur Unmöglichkeit, wenn und insoweit der Ehegatte, dem danach das Sorgerecht zustände, kraft Gesetzes von der Ausübung dieses Rechtes ausgeschlossen ist. Dies trifft zu, wenn etwa der fragliche Ehegatte seine elterliche Gewalt zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils verwirkt hat, wenn die elterliche Gewalt dann ruht, und endlich, wenn ihm etwa das Recht der Sorge für die Person vom Vormundschaftsgerichte gemäß § 1666 BGB. entzogen oder beschränkt worden sein sollte. Auf diese drei Fälle ist dementsprechend bei der Verteilung des Sorgerechtes Rücksicht zu nehmen.

Was zunächst die Tatsache der Verwirkung[2]) anlangt, so unterscheidet das Gesetz, wenn der Vater der verwirkende

[1]) Staudinger, Anm. 4 zu § 1629.

[2]) Gemäß § 1680 verwirkt der Vater die elterliche Gewalt, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu einer Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt wird. Er verliert sie gemäß § 1771 ferner im Falle einer nichtigen Ehe mit seinem Adoptivkinde.

Teil ist, im allgemeinen, je nachdem die Ehe aufgelöst ist oder fortbesteht. Während im ersten Falle die Mutter das alleinige und volle Recht der elterlichen Gewalt einschließlich der Nutznießung am Kindesvermögen erhält (§ 1684 Ziffer 2), wird im Falle des Fortbestehens der Ehe die Bestellung eines Vormundes für die Kinder erforderlich (§ 1698), neben dem die Mutter hinsichtlich der Kinder die gleiche rechtliche Stellung hat, die ihr sonst neben dem Vater gebührt. Diese Unterscheidung ist eine Folge der Erwägung, daß, wenn die Mutter bei noch bestehender Ehe mit der elterlichen Gewalt betraut würde, schwere das Familienleben, wie das Wohl der Kinder schädigende Zwiespältigkeiten unvermeidbar, und ungünstige Einwirkungen des Vaters auf die Kinder nicht ausgeschlossen seien, Einwirkungen, deren Möglichkeit man durch die Entziehung der elterlichen Gewalt gerade beseitigen wollte. Ist ein Vormund bestellt, und wird später die Ehe geschieden, so ist für die Erwägungen, die zu der Bestellung führten, kein Raum mehr; mit der Auflösung der Ehe erlangt die Mutter die elterliche Gewalt, und die Vormundschaft ist damit beendigt (§§ 1773, 1882). Das gleiche muß gelten, wenn nicht die Scheidung, sondern eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Trennung der Ehegatten bewirkt hat; denn wenn auch bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in formeller Hinsicht die Ehe bestehen bleibt, so kommen mit ihr doch die praktischen Erwägungen, die nur für den Fall der tatsächlich noch bestehenden Ehe passen und hier die Notwendigkeit der Bestellung eines Vormundes ergeben, in Wegfall. Auch in der Bestimmung des § 1698 finden wir somit die Richtigkeit dessen bestätigt, was wir oben von den gleichen Wirkungen der Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gesagt haben.

Auf Grund der genannten Vorschriften erlangt also die Mutter mit der Scheidung auf alle Fälle das Recht der alleinigen Ausübung der elterlichen Gewalt. Es fragt sich aber, ob hier nicht eventuell ihre Schuld an der Scheidung einen Hinderungsgrund bedeutet. Die Frage ist zu verneinen. Es ist daran festzuhalten, daß grundsätzlich beide Ehegatten gleichberechtigt sind. Durch die Bestimmungen des § 1635 I 1 sollte die Aus-

übung des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes in angemessener Weise unter die Ehegatten verteilt werden,[1]) wobei das Moment der Schuld eine willkommene Handhabe bot. Mehr sollte eine Verteilung nach Maßgabe des Verschuldens aber auch nicht besagen, vor allem wollte das Gesetz dem schuldigen Ehegatten die Sorge für die Person nicht ganz entziehen, vielmehr wollte es dessen Recht gegenüber dem anderen Ehegatten nur einschränken, und zwar nur solange, als dessen besseres Recht besteht und dem seinigen entgegensteht.[2]) Ausgehend von diesem Grundsatze stellen wir somit fest, daß die Mutter, selbst wenn sie der allein schuldige Teil ist, mit der Scheidung das Recht der elterlichen Gewalt erlangt. Die bestrittene Frage, ob sie dieses Recht gegenüber allen Kindern oder nur gegenüber denjenigen erhält, hinsichtlich deren der Vater seine elterliche Gewalt verwirkt hat, ist im letzteren Sinne zu beantworten.[3]) Für diese Auffassung spricht der Wortlaut des § 1680, während ihr andererseits weder der Sinn noch der Zweck der darin enthaltenen Vorschriften, nämlich den Vater zu strafen und das Kind vor erneuten Übergriffen des Vaters zu schützen, entgegensteht. Den Ausführungen der Gegenansicht,[4]) daß der mit der Bestimmung des § 1680 angestrebte Zweck eine ausdehnende Auslegung erfordere, ist nicht zu folgen. Hat sich der Vater an einem Kinde vergangen, so braucht nicht unbedingt auch den übrigen Gefahr zu drohen. Sollte aber das Verhalten des Vaters eine Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles auch der anderen Kinder begründen, so würde das Vormundschaftsgericht ja jederzeit in der Lage sein, dieser Gefahr eventuell durch Entziehung der Sorge für die Person gemäß § 1666 zu begegnen.

Auch die Mutter kann ihre elterliche Gewalt verwirken. Macht sie sich, bevor die Ehe geschieden ist, einer Verfehlung gegen ihre Kinder schuldig, die gemäß § 1680 eine Verwirkung

---

[1]) Mot. IV, S. 625.

[2]) ROLG. Bd. 11, S. 301.

[3]) Planck, Bem. 4 zu 1680; Opet, S. 259; Dernburg, § 81 II; Crome, S. 543.

[4]) Böhme in Gruchot 41, S. 561.

nach sich zieht, so treten deren Folgen zwar äußerlich nicht in ihrem vollen Umfange in die Erscheinung, weil nur der Vater der die elterliche Gewalt ausübende Teil ist. Wird aber die Ehe geschieden, so verhindert nunmehr die Tatsache der Verwirkung den Erwerb der elterlichen Gewalt bezw. deren Bestandteils, der Personensorge. Ein besseres Recht der Mutter steht demjenigen des Vaters in diesem Falle also nicht entgegen, und der Vater erlangt auch, wenn er schuldig ist, das Recht der Sorge für die Person über alle Kinder.

Sollten beide Elternteile ihre elterliche Gewalt verwirkt haben, so müßte den Kindern, die dann nicht unter elterlicher Gewalt ständen, gemäß § 1773 ein Vormund bestellt werden.

Die Folgen, die ein Ruhen der elterlichen Gewalt im Falle der Scheidung zeitigt, sind verschieden, je nach den Umständen, aus denen das Ruhen hervorgeht.

Die elterliche Gewalt ruht einmal, wenn der Gewalthaber geschäftsunfähig oder wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, sowie, wenn er wegen körperlicher Gebrechen einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat (§ 1676). Sie ruht ferner, wenn vom Vormundschaftsgericht festgestellt wird, daß der Gewalthaber auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist. Hinsichtlich der Wirkungen des Ruhens der elterlichen Gewalt ist zu unterscheiden, je nachdem das Ruhen eintritt wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit und körperlicher Gebrechen einerseits und Geschäftsunfähigkeit und andauernder tatsächlicher Behinderung andererseits.

Ruht die elterliche Gewalt aus dem ersten Grunde, so behält im allgemeinen der Gewalthaber die tatsächliche Sorge für die Person. Die Ausübung derselben steht ihm aber nur neben dem gesetzlichen Vertreter zu, und zwar mit der Maßgabe, daß bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des gesetzlichen Vertreters vorgeht. Ist Geschäftsunfähigkeit oder andauernde tatsächliche Behinderung die Ursache des Ruhens, so verliert der Gewalthaber seine Gewalt. In jedem Falle behält er die Nutznießung am Kindesvermögen, die sich jedoch mangels einer Befugnis zur Verwaltung des der Nutznießung

unterliegenden Vermögens gemäß § 1656 auf das Recht beschränkt, die Herausgabe der Nutzungen zu verlangen.

Ruht zunächst die elterliche Gewalt des Vaters, so übt gemäß § 1685 während der Dauer der Ehe die Mutter die elterliche Gewalt aus, wird die Ehe aber geschieden, so ist die Mutter hierzu nicht mehr ohne weiteres befugt. Vielmehr bedarf es in diesem Falle, wie wir oben bereits gesehen haben, einer auf den Antrag der Mutter zu bewirkenden Übertragung der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht, die aber nur unter der Voraussetzung erteilt wird, daß keine Aussicht für ein Wegfallen des Grundes des Ruhens besteht. Weshalb das Gesetz diesen Unterschied macht, ist oben bereits erörtert worden, und es wird auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen. Beschließt das Vormundschaftsgericht die Übertragung der elterlichen Gewalt, so erlangt die Mutter damit auch die Nutznießung am Kindesvermögen. Lehnt es dagegen die Übertragung ab, oder stellt die Mutter keinen Antrag, so muß den Kindern gemäß § 1773 ein Vormund bestellt werden. Ein beschränktes Personensorgerecht neben der Mutter oder dem Vormund verbleibt dem Vater, falls seine elterliche Gewalt wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit oder körperlicher Gebrechen ruht, wenn und insoweit ihm nach der allgemeinen Regel des § 1635 I 1 ein Sorgerecht zukam. Ruht aber die elterliche Gewalt aus einem der andern Gründe oder ist der Vater der allein schuldige Teil, so steht ihm ein Recht der Sorge für die Person nicht mehr zu. Selbstverständlich ist, daß nicht nur die unschuldige, sondern auch die schuldige Mutter einen Anspruch auf Übertragung der elterlichen Gewalt hat. Dafür spricht sowohl die Fassung des § 1685 II, die eine solche Unterscheidung nicht kennt, wie auch die bereits mehrfach angeführte Erwägung, daß das Gesetz dem schuldigen Ehegatten sein ihm grundsätzlich gebührendes Recht nicht entziehen, vielmehr nur einschränken will, solange der andere Ehegatte ein stärkeres Recht hat. Ruht das Recht des anderen Gatten, so steht es dem des ersteren nicht mehr entgegen.

Treten in der Person der Mutter die Umstände ein, die bei dem Vater ein Ruhen der elterlichen Gewalt zur Folge haben, so hindern diese, wie sie beim Vater der Ausübung

des elterlichen Gewaltrechtes entgegenstehen, den Erwerb der elterlichen Gewalt oder der Bestandteile derselben durch die Mutter. Ist diese geschäftsunfähig oder dauernd an der Ausübung der elterlichen Gewalt oder des Rechtes der Sorge für die Person verhindert und stellt das Vormundschaftsgericht dies fest, so bleibt demnach der Vater der einzige zur Ausübung der elterlichen Gewalt Berechtigte. Mangels jedes der Mutter zustehenden Rechtes kommt es auf eine Schuld oder Nichtschuld des Vaters hier nicht an. Ist die Mutter an der Scheidung unschuldig und ist sie lediglich in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, oder hat sie wegen körperlicher Gebrechen einen Pfleger erhalten, so steht ihr nach der Regel des § 1635 I 1 in Verbindung mit den Vorschriften des § 1676 II ein beschränktes Sorgerecht zu. In diesem Falle muß den Kindern gemäß § 1909 BGB. ein Pfleger für die Person bestellt werden, neben dem dann die Mutter ihr Sorgerecht ausübt.

Die Wirkungen des Ruhens der elterlichen Gewalt sind nur vorübergehende, sie sind beschränkt auf die Dauer des Ruhens. Fallen die Gründe, die das Ruhen herbeiführten, weg, so treten ohne weiteres die normalen Zustände wieder ein. Dabei ist zu beachten, daß das durch vormundschaftsgerichtliche Feststellung andauernder tatsächlicher Behinderung herbeigeführte Ruhen gemäß § 1677 II erst dann endigt, wenn vom Vormundschaftsgericht festgestellt wird, daß der Grund des Ruhens nicht mehr besteht. Bemerkt sei auch, daß im Falle des § 1685 II eine Rückübertragung der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht nicht erforderlich ist.

Hat endlich das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 dem Vater oder der Mutter das Recht der Sorge für die Person entzogen oder dieses Recht beschränkt und werden die entsprechenden Maßregeln nicht wieder aufgehoben, so behalten diese auch nach der Scheidung ihre Bedeutung und beeinträchtigen eine Regelung des elterlichen Gewaltverhältnisses gemäß § 1635 I 1 insoweit, als sie dieser Regelung widersprechen. Ist daher dem an sich gemäß § 1635 sorgeberechtigten Elternteil das Sorgerecht entzogen worden, so ist der betreffende Ehegatte zur Ausübung dieses Rechtes somit nicht imstande, und es erlangt nunmehr zufolge des wiederholt erwähnten Grund-

gedankens des § 1635 auch hier der andere, wenn auch allein schuldige Ehegatte, das Sorgerecht.[1]) Wenn dieser Art der Regelung der Vorwurf gemacht wird, daß sie die schuldig geschiedene Mutter besser stelle, als eine nicht geschiedene,[2]) auf die das Recht der Sorge für die Person mangels einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung nicht ohne weiteres übergehe, wenn es dem Vater entzogen werde, so ist dem gegenüber auf die ganz anders gearteten Verhältnisse bei bestehender und geschiedener Ehe hinzuweisen. Während es bei bestehender Ehe wegen der Abhängigkeit der Mutter vom Vater und wegen des Einflusses, den der Vater vermöge seiner ganzen Stellung auf die Mutter hat, bedenklich erscheint, der Mutter die Sorge für die Person anzuvertrauen, nachdem sie dem Vater entzogen worden ist, weil damit der Erfolg der getroffenen Maßnahmen sehr in Frage gestellt würde, unterliegt die Übertragung der Personensorge auf die Mutter bei geschiedener Ehe wegen der hier bestehenden Unabhängigkeit derselben keinem Bedenken.

War vorher die Sorge für die Person des Kindes einem Pfleger übertragen worden, so erübrigt sich nunmehr die Tätigkeit eines solchen, da die Mutter das volle Sorgerecht erwirbt. Hat das Vormundschaftsgericht dem Vater oder der Mutter das Recht der Personensorge nicht völlig entzogen, hat es dieses Recht vielmehr nur insoweit beschränkt, als es die Ausübung desselben lediglich neben einem Pfleger gestattete, so hat es auch nach der Scheidung hierbei sein Bewenden.

Ist dem Vater auf Grund des § 1666 II auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung am Kindesvermögen entzogen, so liegt die Sorge für das Vermögen nach der Scheidung einem Pfleger ob. Der Behauptung, daß die Mutter in diesem Falle in den Vollbesitz der elterlichen Gewalt gelange,[3]) ist nicht zu folgen. Nur ausnahmsweise wird der Mutter schon bei Lebzeiten des Vaters die volle elterliche Gewalt übertragen;

[1]) So überzeugend KG. vom 4. 5. 05, im Recht 05, S. 510 ff., ferner KG. vom 21. 5. 08, im Recht 08, Nr. 2339.

[2]) Sieveking im Recht 08, S. 107; Schultheis Zentralbl. f. freiw. Gerb. 7.

[3]) Licius, S. 36.

Voraussetzung der Übertragung ist aber entweder ein Verwirken der Gewalt seitens des Vaters, ein Ruhen derselben oder aber der in § 1685 erwähnte Umstand, daß der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist. Keine dieser Voraussetzungen ist im vorliegenden Falle gegeben. Wohl ist der Vater an der Ausübung seiner elterlichen Gewalt verhindert, die Verhinderung ist aber keine tatsächliche, vielmehr beruht sie auf einem rechtlichen Grunde und macht somit die Anwendung des § 1685 unstatthaft.

b 2) Einfluß besonderer Umstände auf die gesetzliche Regelung nach Rechtskraft des Scheidungs- oder Aufhebungsurteils.

α) Modifikationen der Regelung.

Wie die Tatsachen der Verwirkung und des Ruhens der elterlichen Gewalt, sowie der Umstand, daß einem der Ehegatten die Sorge für die Person entzogen oder beschränkt worden ist, auf die gemäß § 1635 I 1 vorzunehmende Regelung des elterlichen Gewaltverhältnisses einzuwirken vermögen, so müssen sie geeignet sein, die nach § 1635 I 1 geschaffene Rechtslage zu modifizieren, wenn sie erst nach rechtskräftig erfolgter Scheidung eintreten. Aus feststehenden Erwägungen heraus wird eine ganz bestimmte Rechtslage zwischen Eltern und Kind gefordert. Die Tatbestandsmerkmale, die in ihrer Gesamtheit die Entziehung des Sorgerechtes bei dem einen der Ehegatten und die Übertragung auf den anderen rechtfertigen, sind hier und dort genau die gleichen und nur ihre zeitliche Aufeinanderfolge ist eine andere. Im Ergebnis ist dies aber belanglos, und somit sind die Modifikationen auch in beiden Fällen dieselben, so daß auf das im vorigen Kapitel Gesagte verwiesen werden kann.

β) Beendigung der geschaffenen Rechtslage.

Die durch die Vorschriften des § 1635 I 1 geschaffene Rechtslage endet mit dem Tode eines der Ehegatten (§ 1635 I 1), und es kommen fortan die allgemeinen Regeln über die elterliche Gewalt wieder zur Geltung. Danach geht, wenn der Vater

stirbt, die volle elterliche Gewalt auf die Mutter über und hat der Vater mit dem Tode der Mutter die elterliche Gewalt unbeeinträchtigt von den Rechten, die dieser zu ihren Lebzeiten etwa zustanden. Die Beschränkungen, die nach § 1635 I 1 dem einen Ehegatten zugunsten des anderen auferlegt sind, verlieren mit dem Tode dieses letzteren ihre Berechtigung und fallen weg. Praktisch ist es daher so anzusehen, als habe erst der Tod die Trennung der Ehegatten herbeigeführt. Erhält infolge dieser Regelung derjenige Elternteil das Recht der Sorge für die Person, dem es vorher gemäß § 1635 I 1 entzogen war, und sollten hieraus für das Kind schlimme Folgen zu besorgen sein, z. B. wenn die Ehe infolge des unsittlichen Lebenswandels der Mutter geschieden war, so hat nunmehr gegebenenfalls das Vormundschaftsgericht im Interesse des Kindes mit den Mitteln des § 1666 helfend einzugreifen.

Wie der Tod eines der Ehegatten bedingt auch die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft eine Beendigung des nach § 1635 I 1 geregelten Gewaltverhältnisses, da gemäß § 1587 mit der Wiederherstellung der Gemeinschaft die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen wegfallen sollen. Es tritt also der Zustand wieder ein, der vor der Trennung bestanden hatte.

Verheiraten sich die geschiedenen Ehegatten wieder miteinander, so ist diese Ehe, da die ursprüngliche ja mit der Scheidung aufgelöst war, eine ganz neue. In der Tat aber tritt derjenige Zustand wieder ein, der vor Auflösung der Ehe bestand. Hatte die Regelung des elterlichen Gewaltverhältnisses durch § 1635 I 1 seinen Grund in der Erwägung, daß durch das Aufhören des Familienlebens die in dem Zusammenwirken der beiden Eltern beruhende Gewähr für eine sorgfältige Erziehung der Kinder wegfällt, so endet diese Befürchtung mit dem Augenblick, in dem die Ehe zwischen den Eltern wieder hergestellt wird. Mit Recht darf man daher sagen, daß, da tatsächliche Gründe eine Neuregelung der elterlichen Fürsorge herbeiführten, durch Wiedereintreten des früheren Zustandes auch das alte Verhältnis der Eltern zu den Kindern wieder auflebt.[1])

[1]) Licius, S. 39. Bad. Rechtspr. 09, 25 (AG. Waldshut).

Eine Wiederverheiratung des Vaters mit einer anderen, als seiner geschiedenen Frau bleibt mangels einer entsprechenden Gesetzesbestimmung ohne Einfluß auf sein elterliches Gewaltverhältnis.[1]) Auch die geschiedene Mutter behält, falls sie eine neue Ehe mit einem Dritten eingeht, das Recht der Sorge für die Person, im übrigen aber verliert sie ihr etwa zustehende elterliche Gewaltrechte, weil sie nunmehr unter dem Einfluß des den Kindern fremden zweiten Mannes diesen selbst anders gegenübersteht, als bisher. Der Verlust ist ein endgültiger, weder der Tod ihres ersten Gatten,[2]) noch die Wiederauflösung der zweiten Ehe[3]) geben ihr mehr ein Anrecht auf die elterliche Gewalt.

2. **Regelung durch Eingreifen des Vormundschaftsgerichts.**

a) Voraussetzungen und Inhalt der vormundschaftsgerichtlichen Anordnungen.

Wollte man allein und unbedingt die Entscheidung über die Schuldfrage als Richtschnur dafür nehmen, wem von den Eltern nach der Scheidung die Sorge für die Person der Kinder zustehen soll, so würde dies unter Umständen eine schwere Gefährdung des Kindeswohles bedeuten. Das Wesen des Zivilprozesses bringt es mit sich, daß auch in Ehesachen infolge des, wenn auch hier abgeschwächten, Parteibetriebes die materielle Wahrheit nicht immer erforscht wird. So kann es kommen, daß in manchen Fällen eine objektiv unrichtige Entscheidung über die Schuldfrage ergeht. Aber auch eine objektiv richtige Entscheidung gewährt keinen durchaus sicheren Maßstab für die Befähigung des einen oder anderen Gatten zur Kindererziehung; denn der Umstand, daß ein Ehegatte bei der Scheidung für schuldig erklärt worden ist, beweist lediglich, daß er sich gegen den andern Gatten vergangen hat, nicht aber darf man daraus unbedingt folgern, daß er auch seine Pflicht gegenüber den Kindern nicht erfüllen werde.

---

[1]) Staudinger, Bem. 10 zu 1635; Planck, Bem. 12 zu 1635; Dernburg § 74, Anm. 16.

[2]) RG. 62, S. 288.

[3]) Fischer-Henle, Anm. 1 zu 697.

Gerade der schuldige Ehegatte kann der beste und liebevollste Erzieher sein, während umgekehrt dem unschuldigen vielleicht jede Befähigung zur Erziehung abgeht.

Aus diesen Erwägungen hat das Gesetz die Bestimmung des § 1635 I 2 erlassen. Danach ist das Vormundschaftsgericht befugt, eine von der Regel des § 1536 I 1 abweichende Anordnung zu treffen, wenn eine Gewaltverteilung nach Maßgabe des Verschuldungsprinzips aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes nicht angängig ist.

Was zunächst solche „besonderen Gründe" sind, die das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berechtigen, ist im Gesetz nicht näher zum Ausdruck gekommen. Es bleibt daher dem Vormundschaftsgericht selbst überlassen, nach pflichtmäßigem Ermessen über deren Vorliegen zu befinden. Wie schon die Bezeichnung sagt, sind unter „besonderen Gründen" jedenfalls nicht solche zu verstehen, die bereits ein für allemal vom Gesetz berücksichtigt sind; es darf sich also nicht um solche Umstände handeln, wie sie in den Fällen des § 1635 regelmäßig vorzuliegen pflegen. Das Gesetz hat sich zur Vereinfachung der Entscheidung in normalen Fällen damit begnügt, gewisse äußere Merkmale, wie Verschulden der Gatten, Alter und Geschlecht der Kinder, zu bezeichnen, welche in diesen Fällen ohne weiteres maßgebend sind, während es nur dann eine Abweichung gestattet, wenn infolge außergewöhnlicher Umstände die Interessen des Kindes, bei dem an sich berechtigten Ehegatten ausnahmsweise nicht gewahrt sind. Liegen derartige außergewöhnliche Umstände vor, dann hat das Vormundschaftsgericht unter Würdigung aller einschlägigen Verhältnisse, aber unter Verwertung nur der konkreten Umstände des einzelnen Falles zu entscheiden. Auf allgemeine Erfahrungstatsachen, etwa darauf, daß ein Säugling bei der Mutter besser aufgehoben sei, als bei dem Vater, darf es sich nicht berufen.[1]) Die zu treffende abweichende Anordnung muß ferner im Interesse des Kindes liegen. Ein etwaiges

[1]) LG. Leipzig v. 18. 1. 02 in Zentr.-Bl. II, S. 736, Nr. 564; KG. v. 6. 4. 04, 1. 2. 05, 15. 2. 06 in ROLG. Bd. 9, S. 457, 10, S. 287. 12. S. 342; OLG. Stuttgart 13. 11. 08, Zentrbl. 10, S. 44. Nr. 20 b.

Interesse der Eltern oder dritter Personen darf nicht maßgebend sein;[1]) es genügt aber nicht, daß durch die Anordnung das Interesse des Kindes vielleicht besser gewahrt würde, wie dies bei der allgemeinen Regelung des § 1635 I 1 der Fall ist, vielmehr macht das Gesetz ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts davon abhängig, daß dies im Interesse des Kindes g e b o t e n ist. Das Interesse des Kindes muß im Falle der normalen Regelung einer ernstlichen Gefährdung ausgesetzt sein, die nur durch eine abweichende Anordnung über das Recht der Personensorge abgewendet werden kann.[2]) Nicht erforderlich ist, daß die Gefährdung der Kindesinteressen gerade in der Person dessen liegt, dem an sich das Recht der Personensorge zusteht;[3]) hierin liegt der Unterschied zwischen der Regelung des § 1666 und derjenigen des § 1635 I 2. Während dort stets ein schuldhaftes Verhalten des betreffenden Elternteiles gefordert wird, können im Falle des § 1635 I 2 auch äußere Umstände, die von der Person des an sich berechtigten Elternteiles ganz unabhängig sind, zu einer Versagung des Personensorgerechtes führen.

Liegen die Voraussetzungen, die ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts erheischen, nicht bei allen Kindern, sondern nur bei dem einen oder anderen vor, so hat sich die Anordnung des Vormundschaftsgerichtes auf das betreffende Kind zu beschränken.[4]) Einige Beispiele aus der Rechtsprechung mögen einen ungefähren Anhalt dafür geben, wann die Praxis ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts für erforderlich hält.

In einem Falle, in dem der allein schuldigen Mutter das der Ehe entsprossene Kind mit der Begründung belassen worden war, „daß es seit seiner Geburt 14 Jahre lang bei der Mutter gewesen sei, mit Liebe an ihr hänge und körperlich und geistig gut gepflegt und erzogen worden sei, während der

[1]) Sächs. OLG. 22, S. 197.

[2]) Hans. GZ. 10, Beibl. 36. ROLG. 21. S, 260. Ob.LG. München 7. 2. 03, Samml. n. f. Bd. 4, S. 145.

[3]) v. Blume, Bem. 4 a γ zu 1535, Staudinger, Bem. 1 c a, ROLG. 18, S. 278.

[4]) Staudinger, Bem. 1 c α zu 1635.

Vater das Kind gar nicht kenne und nur mit seiner betagten Mutter zusammenwohne, die die Pflege des Kindes übernehmen solle," wurde eine abweichende Anordnung für unlässig erklärt, da dieser Fall nichts außergewöhnliches biete. „Es sei zwar traurig, wenn ein Kind der Mutter in einem Alter entrissen werde, in dem es deren Pflege noch dringend bedürfe, aber dies Schicksal sei allen Kindern einer wegen alleinigen Verschuldens geschiedenen Mutter gemeinsam." [1]) Die Zulässigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung wurde ferner verneint in dem Falle einer, nach kanonischem Recht zwar unzulässigen, nach geltendem Recht aber erlaubten Wiederverheiratung einer katholischen Ehefrau zu Lebzeiten ihres geschiedenen Mannes,[2]) und ebenso wenig wurde in dem zarten Alter des Kindes ein Grund für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gesehen.[3]) Bejaht wurde das Vorliegen besonderer Gründe dagegen in dem Falle, daß die schuldige Mutter im Gegensatz zum Vater einen vorwurfsfreien Lebenswandel führt und daß sie nicht, wie er, durch sein Gewerbe behindert ist, sich der Erziehung des Kindes zu widmen.[4]) Ebenso wurden in der Kränklichkeit eines über 6 Jahre alten Sohnes, in der ihm von der Mutter Jahre hindurch gewährten aufopfernden Pflege, die er weder beim Vater noch sonst wo finden würde, in der Furcht vor einem nachteiligen Einfluß auf die Gesundheit im Falle der Trennung von der Mutter, in dem Mangel von Umständen endlich, die eine straffere männliche Erziehung erfordern, besondere Gründe im Sinne des § 1635 I 2 erblickt.[5])

Wenn das Gesetz dem Vormundschaftsgericht die Befugnis gewährt, eine von der allgemeinen Regel abweichende Anordnung zu treffen, so kann dies bei dem Zusammenhange, in dem Satz 1 und 2 des § 1635 I stehen, nur dahin aufgefaßt werden, daß eine von der regelmäßigen abweichende Verteilung des Sorgerechtes unter den Eltern selbst gewollt

[1]) Beschl. KG. v. 9. 2. 05.
[2]) KG. im Recht 06, Nr. 1311.
[3]) Württ. Ztg. 09, S. 142. Zentrbl. 10, S. 47.
[4]) OLG. Colmar im Recht 08, Nr. 30-39.
[5]) R. 07, Nr. 2072.

ist.[1]) Das Vormundschaftsgericht soll nicht dem an sich berechtigten Ehegatten die Sorge für die Person entziehen können, um diese etwa einem Pfleger zu übertragen, es sei denn, daß beide Elternteile kraft Gesetzes nicht in der Lage sind, die elterliche Gewalt auszuüben, oder daß Gründe vorliegen, die deren Entziehung rechtfertigen.[2]) Die entsprechende Vorschrift des ersten Entwurfs des BGB. (§ 1456) ließ dies deutlicher erkennen, als die jetzige Fassung, und die Motive (IV. S. 625 ff.) weisen ausdrücklich auf die Unzulässigkeit der Übertragung der Personensorge an einen Dritten hin. Eine sachliche Änderung aber ist durch die veränderte heutige Fassung nicht beabsichtigt worden, wie sich aus den Protokollen zum zweiten Entwurf ergibt (Prot. IV. S. 5788).

In der Literatur ist die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers namentlich für den Fall gefordert worden, daß auf Seiten beider Eltern die Besorgnis schlechter Erziehung begründet ist, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen.[3]) Diese Ansicht verkennt zwar die Unmöglichkeit einer solchen Maßregel bei bestehender Ehe nicht, rechtfertigt die geforderte Ausnahme aber mit dem erhöhten Schutzbedürfnis des Kindes im Falle der Scheidung und dem Wegfalle der in dem Zusammenwirken auch weniger erziehungstüchtiger Eltern immerhin noch liegenden Gewähr. Ich vermag nicht einzusehen, inwiefern in dem Zusammenwirken zweier zur Erziehung Unfähiger eine größere Gewähr für eine gute Erziehung ruhen soll, als wenn die Erziehung in der Hand nur eines zur Erziehung Ungeeigneten liegt. Zweifellos würde ja dem Interesse des Kindes mit der Bestellung eines geeigneten Pflegers besser gedient sein, als wenn man seine Erziehung einem unfähigen Elternteil überläßt. Mangels Vorliegens der bestimmten Voraussetzungen aber, von denen das Gesetz die Entziehung der

[1]) OLG. 21, S. 260.

[2]) Staudinger 1 c a zu 1635, Planck 4 b dort, Blume 4 b, Neumann 4, Fischer-Henle 5. Davidsohn Ehesch. S. 165. Erler Ehescheid. R. S. 152., Knitschky S. 155, Not. 1. Ob. LG. München 24. 1. 03, Samml. Bd. n. F. 4, S. 91 ff. Schubert, Erziehungsrecht S. 93. Patek S. 28, Endemann S. 690, Anm. 44. a. A. Opet 323. No. 6. Fränkel, Fam. Recht S. 134. RG. 23, S. 387.

[3]) Licius S. 43 ff.

Personensorge und die Übertragung derselben an einen Pfleger abhängig macht, ist die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme m. E. nicht zu vertreten.

Die Frage, ob das Vormundschaftsgericht auch vorläufige Anordnungen treffen kann, ist zu bejahen, jedoch dürfte eine derartige Anordnung nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn ein besonderes, dringendes Bedürfnis für ein ungesäumtes Einschreiten des Vormundschaftsgerichts vorliegt, welches ein Abwarten bis nach beendeter Sachuntersuchung nicht gestattet, so daß die endgültige Maßnahme zu spät kommen und das Interesse des Kindes nicht genügend wahren würde.[1])

Daß das Vormundschaftsgericht seine Anordnung aufheben oder ändern kann und muß, wenn das Interesse des Kindes dies erfordert, ist selbstverständlich, aber auch dann ist es zur Aufhebung seiner Maßnahmen jederzeit berechtigt, wenn diese nicht mehr notwendig, d. h. wenn die Umstände, die zu der Anordnung des Vormundschaftsgerichts geführt haben, nachträglich weggefallen sind, es sei denn, daß der dadurch bedingte Wechsel in der Person des Erziehenden ungünstige Folgen für das Kind befürchten ließe.

Sind die besonderen Umstände, die das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts veranlassen, derart, daß sie eine von der normalen abweichende Regelung nur für eine im Voraus bestimmbare Zeit erfordern, läßt sich also mit Sicherheit voraussehen, daß die Anordnung nach einer bestimmten Zeit, oder bei dem Eintritt einer gewissen Tatsache wieder aufgehoben werden müßte, so kann dementsprechend das Vormundschaftsgericht seine Anordnung auf den gedachten Zeitraum beschränken, oder diese unter einer auflösenden Bedingung erlassen. Eine solche befristete oder bedingte Anordnung, deren Zulässigkeit nicht zu bezweifeln ist, hat den Vorzug, daß sie eine nochmalige Inanspruchnahme des Vormundschaftsgerichts zur Wiederaufhebung der getroffenen Maßregeln vermeidet.

Gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts steht dem Kinde, sofern es nicht geschäftsunfähig ist und das

[1]) ROLG. 16, S.

14. Lebensjahr vollendet hat, ein selbständiges Beschwerderecht, sowie das Recht der weiteren Beschwerde zu (§§ 59 und 63 FGG.).

b) Verfahren.

Liegen nach dem Gesagten Tatsachen vor, die ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts erfordern und gelangen diese zur Kenntnis desselben, so muß es nunmehr von Amts wegen einschreiten. Da es aber unmöglich über alle in Frage kommenden Verhältnisse innerhalb seines Amtsbezirkes unterrichtet sein kann, so hat das Gesetz einmal dem Prozeßgericht die Verpflichtung auferlegt, dem Vormundschaftsgericht nach Rechtskraft des Scheidungsurteils von dem Vorhandensein gemeinschaftlicher minderjähriger Kinder Mitteilung zu machen. Häufig wird es aber vorkommen, daß die Umstände, die ein Eingreifen verlangen, nicht schon bei Rechtskraft des Scheidungsurteils vorliegen, vielmehr erst später in die Erscheinung treten. Hier findet das Vormundschaftsgericht die Unterstützung des Gemeindewaisenrates, dem es obliegt, sich Kenntnis aller der Tatsachen zu verschaffen, die eine Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts erfordern. Mitunter endlich wird auch der eine oder andere Elternteil den Erlaß einer Anordnung gemäß § 1635 I 2 beantragen. Glaubt das Vormundschaftsgericht auf Grund des ihm zugetragenen Materials einschreiten zu müssen, worüber es nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden hat, so hat es jetzt von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen und evtl. die ihm geeignet erscheinenden Beweise zu erheben. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den §§ 36 I und II, 43 FGG., wonach regelmäßig der Aufenthalt des Kindes entscheidet. Das Verfahren ist das gewöhnliche der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Um sich ein möglichst vollkommenes Bild der bestehenden Verhältnisse zu beschaffen, soll das Vormundschaftsgericht vor seiner Entscheidung denjenigen Elternteil hören, dessen Rechtsbeeinträchtigung in Frage steht. Diese Forderung ergibt sich aus § 1673 BGB., der infolge der hier, wie dort gleichliegenden Bedingungen analog anzuwenden ist. Die Anhörung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist, d. h. wenn etwa mit

Bestimmtheit vorauszusehen ist, daß sie zwecklos sein würde, oder wenn etwa Eile geboten und der Gewalthaber weit entfernt wäre; sie würde nicht aber schon dann untunlich sein, wenn sie z. B. Kosten oder eine unerhebliche Verzögerung verursachte. Die Anhörung des Gewalthabers entspricht seiner Stellung als Partei; hat aber, nachdem derselbe gehört worden ist, eine Beweisaufnahme stattgefunden, so ist seine nochmalige Anhörung nicht erforderlich, vielmehr in das Ermessen des Gerichts gestellt.[1]) Neben dem Gewalthaber sollen auch Verwandte und Verschwägerte des Kindes gehört werden. Da diese aber von dem Verfahren unmittelbar nicht berührt werden, so ist ihre Anhörung davon abhängig zu machen, daß sie ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann; für den Ersatz ihrer Auslagen, deren Betrag vom Vormundschaftsgericht festgesetzt wird, haftet das Kind gemäß §§ 1673 II, 1847 II BGB.

Eine Nichtbeachtung der Vorschriften des § 1673 als Sollvorschriften beeinträchtigt zwar nicht die Gültigkeit der getroffenen Entscheidung, immerhin aber wird, wenn die Anhörung des Gewalthabers unterblieben ist, dadurch dessen Recht auf gesetzmäßige Behandlung der Sache verletzt, so daß gemäß § 20 FGG. die Beschwerde und evtl. gemäß § 27 a. a. O. die weitere Beschwerde begründet ist.[2]) Sind die Verwandten oder Verschwägerten nicht gehört worden, so hat dies, da deren Anhörung von dem pflichtgemäßen Ermessen des Vormundschaftsgerichts abhängt, ein Beschwerderecht nicht zur Folge. Allenfalls würde der Vormundschaftsrichter dem Kinde gemäß § 1674 BGB. haftbar sein. Eine Anhörung des Kindes wird im Falle des § 1635 I 2 nicht erfordert, das Vormundschaftsgericht ist aber zweifellos hierzu berechtigt, und wenn es die Anhörung im einzelnen Falle für erforderlich hält, sogar dazu verpflichtet. Das Kind ist in dem Verfahren, obwohl sein Interesse vor allem zu berücksichtigen ist, nicht

[1]) ROLG. 3, S. 42. KG. v. 29. 5. 01.

[2]) Ob. LG. München 13. 7. 01, 11. 1. 02, 24. 1. 03, in Samml. Bd. n. F. Bd. 2, S. 527 ff.; 3 S. 20 ff., Bd. 4, S. 91 ff., KG. vom 9. 11. 03 in ROLG. 8, S. 350 ff. Zentrbl. f. f. Gbk. 2, S. 244.

Partei[1]) und kann somit als Zeuge vernommen werden. Der Bestellung eines Pflegers für dasselbe zur Wahrung seiner Interessen in dem Verfahren bedarf es nicht. Allerdings ist die Notwendigkeit einer solchen in der Literatur wiederholt betont, und zwar zunächst aus formalen Gründen gefordert worden. Gemäß § 1909, so wird ausgeführt, sei die Bestellung eines Pflegers geboten, weil es sich in dem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren um die Erziehung des Kindes, eine Angelegenheit handele, an deren Ausübung die Eltern infolge ihrer gegensätzlichen Stellung bezüglich der Erziehung verhindert seien. Das Interesse des Kindes sei ohne Bestellung eines Pflegers nicht hinreichend gewahrt, weil die Eltern nicht objektiv genug das wahre Wohl des Kindes von ihrem eigenen Interesse zu scheiden vermöchten.[2]) Ein Verfahren ohne vorherige Bestellung eines Pflegers leide an einem wesentlichen Formmangel und sei deshalb anfechtbar.[3]) Dem ist nicht beizutreten. Die Bestellung eines Pflegers ist nicht ohne weiteres geboten, da § 1909 in den Fällen der hier fraglichen Art nicht zutrifft. Der Gewalthaber und das Kind stehen sich bei der Prüfung der Frage, ob eine Maßregel aus § 1635 I 2 geboten ist, nicht als Parteien gegenüber, deren Interessen sich widerstreiten; vielmehr ist das Kind, sobald sich die Notwendigkeit eines Einschreitens des Vormundschaftsgerichtes ergibt, Gegenstand amtlicher Fürsorge. Es handelt sich hier lediglich um eine amtswegige Verwaltungstätigkeit des Gerichtes zugunsten des Kindes, um die Erfüllung einer Pflicht der Behörde in Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei der daher eine besondere Vertretung desjenigen, zu dessen Gunsten das Gericht tätig wird, ebensowenig wie sonst in der Staatsverwaltung erforderlich ist.

Nach einer anderen Ansicht ist die Bestellung eines Pflegers zwar nicht formelles Erfordernis, aber doch aus Zweckmäßigkeitsgründen häufig geboten. Es wird hierzu ausgeführt, daß eine sachgemäße Entscheidung in vielen Fällen

[1]) Joseph S. 65.

[2]) ROLG. 1, S. 475, 10 S. 21. KGI. 19, S. 58, 20 S. 19, 24 S. 27.

[3]) KGI. 19, S. 58. 20, S. 19. 21, S. 192. 24, S. 27, ROLG. 3, S. 3. 6, S. 5961.

tatsächliche Feststellungen, wie z. B. solche über den Zustand des Kindes, seine Pflege usw. erfordere und daß ein Pfleger solche Feststellungen weit eher treffen könne wie das Vormundschaftsgericht. Die Pflegerbestellung sei deshalb stets zu erwägen, sie sei aus materiell-rechtlichen Gründen häufig geboten und die Regel. Auch dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Auch ohne Bestellung eines Pflegers ist durch die Vorschriften der §§ 1673 und 1675 BGB., §§ 12 bis 15, 57 Abs. 1 Nr. 9, 59 und 63 FGG. eine Garantie dafür gegeben, daß der durch § 1635 1, 2 bezweckte Schutz der Kinder erreicht wird. Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht ist so gestaltet, daß eine erschöpfende Ermittelung des Sachverhalts möglich erscheint, auch ohne daß regelmäßig die Bestellung eines Pflegers zur Wahrung der Kindesinteressen erforderlich ist, zumal die Beteiligten im Beistande von Rechtsanwälten erscheinen dürfen und das Vormundschaftsgericht in dem Gemeindewaisenrat ein unparteiisches Hilfsorgan hat, durch das es Ermittelungen erheben lassen kann.[1]) Das Gericht wird vermöge seiner Erfahrungen, seines amtlichen Ansehens und infolge der ihm zu Gebote stehenden Machtmittel in den meisten Fällen viel besser den wahren Sachverhalt feststellen können, wie dies dem Pfleger möglich ist. Daß das Gericht im einzelnen Falle einen Pfleger bestellen kann, wenn es eines solchen zu bedürfen glaubt, ist, falls die Voraussetzungen für eine Pflegerbestellung im übrigen vorliegen, hierdurch nicht ausgeschlossen da § 12 FGG. ihm eine solche Ermächtigung gäbe. Die Entschließung hierüber bleibt aber dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen, und die Unterlassung der Bestellung kann nicht als Verletzung des Gesetzes angesehen werden, die zufolge § 27 FGG. die weitere Beschwerde begründen würde. Der so bestellte Pfleger ist aber zur Einlegung einer Beschwerde gegen die ergangene Entscheidung des Vormundschaftsgerichts namens des Kindes nicht befugt. Die Beschwerde würde in diesem Falle nur unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 20 FGG. möglich sein, d. h. sie wäre nur dann begründet, wenn durch die vormundschaftsgericht-

[1]) RG. 62, S. 134.

liche Entscheidung ein Recht des Kindes beeinträchtigt würde. Dies ist aber nicht der Fall; denn Gegenstand der Entscheidung ist nur das dem Gewalthaber an seinem Kinde zustehende Recht der Sorge für die Person. Wohl entspricht diesem Rechte und der darin begründeten Pflicht des Gewalthabers zur ordnungsmäßigen Ausübung seines Rechtes ein rechtlicher Anspruch des Kindes auf diese Ausübung. Wenn das Gesetz aber eine Beeinträchtigung des Rechtes fordert, so will es darunter dem Sprachgebrauch des BGB. folgend, der bei dem organischen Zusammenhang beider Gesetze auch hier entscheidend sein muß, einen unmittelbaren Eingriff in das Recht, eine direkte Verletzung desselben verstanden wissen,[1]) und unmittelbar wird eben nur das Recht des Gewalthabers berührt, während das Recht des Kindes auf Ausübung des Sorgerechtes lediglich mittelbar betroffen wird.

Über die Frage, wer die durch das vormundschaftsgerichtliche Verfahren entstandenen Kosten trägt, hat das Reichsgesetz betreffend die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit allgemeine Bestimmungen nicht getroffen, hat dies vielmehr den Landesgesetzen überlassen (§ 200 FGG.). Wie im Zivilprozeß, ist auch hier zu unterscheiden zwischen der Kostenzahlungspflicht gegenüber der Gerichtskasse und der Kostenerstattungspflicht gegenüber dem Gegner. Hinsichtlich der Gerichtskosten bestimmt für Preußen § 1 des GKG., daß bei Geschäften, die auf Antrag vorgenommen werden, der Antragsteller, bei solchen aber, die von Amts wegen betrieben werden, derjenige zahlungspflichtig ist, dessen Interessen dabei wahrgenommen werden. Da das Vormundschaftsgericht im vorliegenden Falle, wie wir gesehen haben, von Amts wegen und im alleinigen Interesse des Kindes tätig wird, so können hier also über die Person des Zahlungspflichtigen Zweifel nicht bestehen. Das Kind ist auch zahlungspflichtig, wenn etwa ein Antrag des einen Elternteiles die unmittelbare Veranlassung zu dem Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes war; denn auch in diesem Falle verliert das Verfahren nicht den Charakter

[1]) Gegen Frese, Zentrbl. f. FGG. 1, S. 307 und Schultzenstein, Zeitschr. f. deutsch. Ziv.-Pr. 25, S. 216, nach denen auch eine mittelbare Beeinträcht. das Recht der Beschw. gibt.

eines amtswegigen; nicht der Antrag, vielmehr lediglich die durch ihn vermittelte Kenntnisnahme der ein Einschreiten erfordernden Umstände bedingt die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts.

Inwieweit das Kind gegenüber dem einen oder andern Elternteil einen Anspruch auf Ersatz der von ihm gezahlten Gerichtskosten oder seiner sonstigen Auslagen hat, richtet sich nach den Vorschriften des BGB. Der Grundsatz des § 91 ZPO. nämlich, demzufolge die unterliegende Partei die der obsiegenden erwachsenen Kosten zu erstatten hat, ist auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht anwendbar, weil es in den meisten Fällen an Parteien, die einander gegenüberstehen, fehlt, sodann aber auch dort, wo der Richter über streitige Verhältnisse zu entscheiden hat, nicht eine bloße Entscheidung auf Grund feststehender Rechtssätze, sondern eine verständige Vermittlung unter den widerstreitenden Interessen und eine rechtsbegründende Tätigkeit in Frage kommt.[1]) Von Bedeutung für die Frage der Kostentragung ist ferner Artikel 9 des PrFGG. Dieser Artikel bestimmt, daß, wenn an einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit mehrere Personen beteiligt sind, das Gericht bei der von ihm zu treffenden Entscheidung auf Antrag einen Beteiligten verurteilen kann, diejenigen Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise zu tragen, die er durch ein unbegründetes Gesuch, einen unbegründeten Widerspruch, eine unbegründete Beschwerde, durch vorzeitiges Anrufen des Gerichts, durch eine Versäumung oder durch grobes Verschulden veranlaßt hat. Hat also etwa die geschiedene Mutter das Vormundschaftsgericht ersucht, durch eine gemäß § 1635 I 2 zu treffende Anordnung die Sorge für die Person des Kindes dem Vater zu entziehen und sie ihr zu übertragen und ist dieses Gesuch unbegründet, so kann sie demnach in die Kosten des Verfahrens verurteilt werden. Nicht bloß der Vater, sondern auch die Mutter sind in diesem Falle als Beteiligte, „deren Rechtsverhältnisse durch die richterliche Tätigkeit unmittelbar berührt werden“ [2]) anzusehen.[3]) Die Verurteilung

[1]) Birkenbihl, S. 51. Joseph, S. 283.
[2]) Ebert-Dudek-Lindemann, S. 57.
[3]) LG. Dresden in Zentrbl. f. FGG. 1, S. 713. Joseph, S. 284

des betreffenden Elternteiles in die Kosten betrifft zwar zunächst nur das Verhältnis der Beteiligten unter sich, nach § 1 Satz 2 PrGKG. hat aber ein Beteiligter, soweit er zur Zahlung der Kosten des Verfahrens verurteilt wird, auch die Zahlungspflicht gegenüber der Gerichtskasse. Insoweit also wird das Kind entlastet.

3. Rechtsmittel zur Durchführung des Rechtes der Sorge für die Person.

Um das Recht der Sorge für die Person ausüben zu können, muß der fürsorgeberechtigte Ehegatte die tatsächliche Gewalt über das Kind haben. Ist er nicht in deren Besitz, so müssen ihm Mittel gegeben sein, diese zu erzwingen.

Auf der Grundlage des § 1632 BGB. hat der Fürsorgeberechtigte das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält. Zur Durchführung dieses Rechtes aber als eines Privatrechtes steht ihm der Weg der zivilprozessualen Klage offen. Verschiedentlich ist in der Literatur die Frage aufgeworfen worden, ob dieser Weg der einzig gangbare,[1]) oder ob etwa auch die Möglichkeit einer die Herausgabe des Kindes anordnenden Verfügung des Vormundschaftsgerichts anzuerkennen sei.[2])

Die Frage ist zugunsten der ersten Ansicht zu entscheiden. Eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, welche den in Abs. 1 Satz 1 des § 1635 geregelten rechtlichen Zustand auf Verlangen eines Beteiligten formell feststellte, ist im Gesetz nicht vorgesehen, während die Zwangsvollstreckung aus Artikel 15 bis 17 PrFGG. die Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung durch Verfügung des Gerichtes voraussetzt. Aber auch wenn das Vormundschaftsgericht gemäß § 1635 I 2 eine von der normalen abweichende Regelung trifft, muß die

---

[1]) Planck, Bem. 11 zu § 1635; Staudinger, Bem. 1 c, zu 1635; KG. in Jahrb. Bd. 29, S. 210; KG. vom 21. 3. 07 in ROLG. 16, S. 225; OLG. Colmar, Beschl. vom 7. 3. 08.

[2]) Jastrow, Die Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 00, Anm. 2 zu Art. 17; Rausnitz Komm. zu FGG. Anm. 11 zu Art. 15; Schultze-Oberneck, Komm. z. Pr. FGG. Anm. 2 B zu Art. 17. OLG. Dresden in Annalen Bd. 22, S. 185.

Durchführung derselben dem Prozeßgericht überlassen bleiben. Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts geht lediglich dahin, daß dem einen Ehegatten das Recht der Sorge für die Person zustehen solle. Daraus folgt aber noch nicht notwendig, daß der Richter deshalb den anderen Gatten zur Herausgabe des Kindes anzuhalten habe. Ob der Anspruch des betreffenden Ehegatten sich unmittelbar aus dem Gesetze ergibt, oder ob er auf dem in diesem Falle rechtsschöpferischen Willen des Richters beruht, ist an sich ganz gleichgültig. Der Inhalt der Ansprüche, auf den es allein ankommt, ist in beiden Fällen derselbe. Lediglich eine veränderte privatrechtliche Lage wird durch die richterliche Anordnung getroffen, und zur Realisierung von Privatrechten ist das Vormundschaftsgericht nicht berufen.

Dem also ausschließlich im Wege des Zivilprozesses geltend zu machenden Herausgabeanspruch kann nicht entgegengesetzt werden, daß der Kläger durch sein Verlangen das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbrauche, oder daß die Herausgabe den Interessen des Kindes zuwiderlaufe. Derartige Erwägungen dürften allein die Grundlage für eine anderweitige Verteilung der Personensorge gemäß § 1635 I 2 bilden. Gelänge es aber dem Beklagten, eine solche Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen, bevor noch ein Urteil in der Sache ergangen ist, so müßte nunmehr die Klage, da der Kläger offenbar ein verfolgbares Recht auf Herausgabe nicht mehr hat, als unbegründet abgewiesen werden,[1]) und zwar ohne Prüfung, ob die Anordnung des Vormundschaftsgerichtes gerechtfertigt ist oder nicht.[2]) Natürlich ist dieser Fall nur denkbar, wenn das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht selbständig neben dem zivilprozessualen bestehen kann; dafür sprechen folgende Gründe.[3])

Als einzige Voraussetzung für das Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes erfordert § 1635 I 2, daß dies „im Interesse des Kindes geboten" ist. Andere Gesetzesbestimmungen aber, aus denen ein Verbot des Einschreitens zu entnehmen wäre,

[1]) OLG. Colmar, Beschl. vom 7. 3. 08 in ROLG. 16, S. 225.
[2]) Zentrbl. 7, S. 31; Staudinger 2 b β zu 1632.
[3]) DJZ. 07, S. 247.

solange ein Prozeß zwischen den Ehegatten über das Erziehungsrecht schwebt, gibt es nicht und ebenso wenig ist ein solches Verbot aus inneren Gründen zu folgern. Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht vertreten hinsichtlich der Beurteilung der Sachlage einen grundsätzlich verschiedenen Standpunkt. Während das Prozeßgericht deklaratorisch nach Maßgabe der feststehenden Gesetzesnormen entscheidet, bestimmt das Vormundschaftsgericht, wie wir bereits hervorhoben, konstitutiv, wann aus besonderen Gründen, abweichend von der normalen Regelung, das Fürsorgerecht dem andern Ehegatten zu übertragen ist. Die bloße Tatsache, daß vor dem Prozeßgericht ein Verfahren aus § 1632 schwebt, hindert also bei der Verschiedenheit der zugrunde liegenden Fragen die gleichzeitige Anhängigkeit eines Verfahrens vor dem Vormundschaftsgericht nicht.[1]) Dadurch kann es aber vorkommen, daß die Entscheidung des Prozeßgerichtes durch eine später ergehende vormundschaftsgerichtliche Entscheidung gegenstandslos wird, und somit liegt die Frage nahe, ob hier nicht vielleicht eine Aussetzung des prozeßgerichtlichen Verfahrens bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts möglich oder gar geboten ist.

So zweckmäßig indes auch im einzelnen Falle eine solche Aussetzung wäre, so läßt sie sich doch nicht mit dem Gesetz in Einklang bringen. Eine Aussetzung des Verfahrens ist gemäß § 148 ZPO. nur möglich, wenn die Entscheidung von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines andern anhängigen Rechtsstreites bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts besteht aber nicht in der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, vielmehr ist der Ausgangspunkt seiner Tätigkeit das durch das Gesetz einem der Eltern gegebene Erziehungsrecht, und seine Prüfung und Entscheidung geht nur dahin, ob das Interesse des Kindes es für geboten erscheinen läßt, dem berechtigten Elternteil sein Erziehungsrecht zu entziehen und dies dem anderen Teil zu übertragen. Also

[1]) ER. 5. 1. 05 in DJZ. 05, S. 312.

nicht ein bestehendes Rechtsverhältnis ist Gegenstand der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung, vielmehr schafft es aus Zweckmäßigkeitsgünden neues Recht.[1]) Obwohl gegebenenfalls ein gutes Recht des Klägers bestände, würde im Falle der Aussetzung das Gericht diesen schutzlos lassen[2]) und sein gutes Recht unter Umständen empfindlich schädigen.

Ob die Anordnung des Vormundschaftsgerichtes eine endgültige oder blos einstweilige ist, macht hinsichtlich ihrer Wirkung auf das Urteil des Prozeßgerichtes keinen Unterschied.[3])

Unterläßt es der fürsorgeberechtigte Ehegatte, die Klage auf Herausgabe anzustrengen, so soll nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht das Vormundschaftsgericht kraft seiner Fürsorgepflicht im Interesse des Kindes die Herausgabe an den betreffenden Elternteil erzwingen können, um zu verhüten, daß etwa die Klage aus eigennützigen Gründen zum Nachteile des Kindes unterbleibt, auch ohne daß sich dadurch der Fürsorgeberechtigte eine Pflichtwidrigkeit zuschulden kommen ließe.[4])

Für ein derartiges Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes bietet aber m. E. das Gesetz keine Handhabe. Während es einerseits gemäß § 1631 BGB. dem Inhaber des Personensorgerechtes überlassen bleibt, nach Belieben den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, so sind andererseits Maßregeln des Vormundschaftsgerichtes zum Schutze des Kindes nur unter den Voraussetzungen der §§ 1665 und 1666 BGB. vorgesehen. Über diese Grenzen hinaus will das Gesetz eine Einmischung des Vormundschaftsgerichtes nicht begünstigen. Das Wohl des Kindes erscheint durch die genannten Vorschriften hin-

---

[1]) KG. Beschl. vom 27. 3. 01 in Rechtspr. der OLG. 2, S. 298.

[2]) JW. 07, S. 6; DJZ. 05, S. 313.

[3]) Seufferts Blätter 10, S. 135, 642; Seuff. Arch. 65, S. 385; RG. in JW. 10, S. 113 und Recht 10, Ziff. 528. — Die Zwangsvollstreckung aus dem erg. Urteil erfolgt gem. § 883 ZPO., so überzeug. OLG. Hamburg vom 12. 8. 03 in ROLG. 7, S. 325 und OLG. Stuttgart in Seuff. Arch. 38, S. 289.

[4]) OLG. Dresden 2. 10. 00.

reichend gewahrt; sollte jedoch der Gewalthaber aus berechtigter Scheu vor den Kosten eines Herausgabeprozesses der Erhebung der Klage aus dem Wege gehen wollen, so bedürfte es wohl nur eines Hinweises auf das ihm zu gewährende Armenrecht, um ihn zur Klage zu veranlassen.

B. Die Verkehrsbefugnis.

Die Bestimmungen, die im Falle der Ehescheidung die Sorge für die Person des Kindes nicht mehr beiden Ehegatten gemeinschaftlich belassen, diese vielmehr immer nur dem einen oder andern allein zugestehen, bedingen in Verbindung mit dem Umstande, daß einmal die Scheidung ein Aufhören des Zusammenlebens der Ehegatten zur Folge hat, sodann aber der Fürsorgeberechtigte den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen befugt ist, regelmäßig eine Trennung des nicht fürsorgeberechtigten Gatten von dem Kinde. Es würde indes unbillig sein, wollte man nach der Scheidung den nicht Sorgeberechtigten gänzlich von dem Kinde abschließen. Naturgemäß sind beide Elternteile an der körperlichen und geistigen Entwicklung des Kindes in gleicher Weise interessiert; die Möglichkeit, sich von dem Fortgange dieser Entwickelung zu überzeugen, bietet am einfachsten und besten aber nur die eigene Anschauung. Aus diesem Grunde und um eine sonst leicht eintretende Entfremdung zwischen dem nicht fürsorgeberechtigten Gatten und dem Kinde zu verhüten,[1]) beläßt das Gesetz dem ersteren die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren (§ 1636). Das Recht des fürsorgeberechtigten Ehegatten, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wird dadurch insoweit beeinträchtigt, als nunmehr ein Verbringen des Kindes an einen Platz, der einen Verkehr mit ihm nicht mehr zuläßt (etwa nach überseeischen Ländern), unzulässig erscheint.[2])

Seinem Wesen nach ist das „Verkehrsrecht" ein subjektives Privatrecht, das seine Begründung in dem zwischen den Eltern und dem Kinde bestehenden Verwandtschaftsverhältnisse

[1]) Denkschrift S. 330.
[2]) Bayr. Ob. LG. Bd. 15, S. 515 ff.

findet,[1]) nicht dagegen, was auch behauptet worden ist, den Besitz der elterlichen Gewalt bezw. des Rechtes der Personensorge voraussetzt.[2]) Infolgedessen kann das Verkehrsrecht dem Berechtigten weder unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB. entzogen werden, noch vermag der Eintritt der Tatsachen, die im allgemeinen eine Beendigung der elterlichen Gewalt oder des Rechtes der Sorge für die Person herbeiführen, insbesondere eine Verwirkung der elterlichen Gewalt, dieses Recht zu beeinflussen. Ein Verzicht des Berechtigten auf das Verkehrsrecht ist in jedem Falle unwirksam. Zwar haben einige Schriftsteller[3]) die Zulässigkeit eines unentgeltlichen Verzichtes mit der Begründung gefordert, daß das Recht des persönlichen Verkehrs ein eigennütziges Elternrecht sei. Dem ist aber nicht zu folgen. § 1636 enthält unverzichtbares zwingendes Recht.[4]) Wenn das Gesetz dem nicht fürsorgeberechtigten Gatten die Möglichkeit gibt, sich persönlich über die Entwickelung des Kindes auf dem Laufenden zu halten, so will es ihn andererseits verpflichten, die erforderlichen Schritte zu ergreifen, wenn seines Erachtens das körperliche oder geistige Wohl des Kindes infolge der Erziehung des Fürsorgeberechtigten gefährdet wird. Daß ein entgeltlicher Verzicht gegen die guten Sitten verstoßen und schon deshalb nichtig sein würde, versteht sich von selbst.

In welcher Weise und in welchem Rahmen der Verkehr mit dem Kinde sich abspielen soll, unterliegt in erster Linie der Vereinbarung der Eltern; häufig wird jedoch deren gereizte Stimmung gegeneinander das Zustandekommen einer Einigung hintertreiben. Für diesen Fall hat das Gesetz die nähere Gestaltung des Verkehrs dem Vormundschaftsgerichte überlassen, das dabei, ohne an allgemeine Regeln gebunden zu sein, lediglich aus Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, aber unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles und des Wohles des Kindes[5]) über die Frage

[1]) Staudinger, Bem. 4 zu 1636.
[2]) Crome, im Recht 09, S. 46; RG. Bd. 64, S. 49.
[3]) Knitschky S. 159; Licius S. 63.
[4]) Staudinger, Planck zu 1636; Davidsohn S. 168; OLG. Hamburg vom 14. 1. 03 in Zentrbl. FGG. 3, S. 728.
[5]) Bayr. Ob. LG. Bd. 7, S. 246; KG. in ROLG. 12, S. 323.

nach Ort, Art und Zeit des Verkehrs entscheidet. Dabei darf es nicht so weit gehen, dem nicht sorgeberechtigten Elternteile den Verkehr mit dem Kinde etwa gänzlich zu verbieten,[1]) weil er diesem offenbar zum Nachteil gereiche. Ein dahingehender, in der zweiten Kommission gestellter Antrag wurde abgelehnt. Eine völlige Versagung des Verkehrs würde für den von der persönlichen Fürsorge Ausgeschlossenen eine vom Gesetz nicht gewollte Härte bedeuten, während das Vormundschaftsgericht sehr wohl in der Lage ist, durch eine geeignete Regelung des Verkehrs den Gefahren, die dieser für das Kind möglicherweise birgt, zu begegnen. Wäre z. B. die von der Personensorge ausgeschlossene Mutter eine Prostituierte, so würde der an sich gewiß nicht ratsame Verkehr des Kindes mit der Mutter sich dadurch gefahrlos gestalten lassen, daß dieser nur unter Aufsicht eines Dritten, etwa eines Pflegers, gestattet wird.[2]) — Auf der anderen Seite darf durch die vom Vormundschaftsgericht gewählte Art der Regelung das Recht des fürsorgeberechtigten Ehegatten nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Eine Bestimmung aber, zufolge deren etwa das Kind für die Dauer der Schulferien dem nicht fürsorgeberechtigten Elternteil überwiesen wird, überschreitet nach Ansicht der Rechtsprechung die dadurch gezogenen Grenzen keineswegs[3].) Im einzelnen ist das Vormundschaftsgericht nicht darauf beschränkt, dem Sorgeberechtigten aufzugeben, gewisse Handlungen zu unterlassen, oder die Vornahme von solchen zu dulden, vielmehr kann es, wenn ihm dies nötig erscheint, dem Fürsorgeberechtigten auch die Verpflichtung auferlegen, gewisse Handlungen vorzunehmen, so vor allem das Kind für den andern Ehegatten bereit zu halten oder es diesem zuzuführen.[4]) Daß dem Berechtigten hieraus eventuell Kosten erwachsen, steht dem nicht entgegen; denn das Vor-

[1]) Prot. 4, S. 449; Staudinger zu § 1636.

[2]) RG. 64, S. 16 und 49; KG. in ROLG. 11, S. 292; a. A. Planck, der die völlige Versagung des persönl. Verkehrs beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1666, 1680 zulassen will.

[3]) OLG. Hamburg in ROLG. 9, S. 458.

[4]) Beschl. KG. vom 23. 12. 08 in R. 09, Rechtsprechungs-Beilage Nr. 1525.

mundschaftsgericht ist in seiner Entschließung an keine andern Schranken als die des billigen Ermessens gebunden, und wenn es dem Fürsorgeberechtigten gewisse Aufwendungen auferlegt, so braucht dies nicht aus dem Rahmen der Billigkeit herauszufallen.

Wie sich unter Beachtung der dargelegten Grundsätze die Regelung des Verkehrs mit dem Kinde etwa gestaltet, möge ein dem Verfasser dieser Arbeit vorliegender, besonders lehrreicher, vom übergeordneten Landgericht und vom Kammergericht bestätigter Beschluß des Königl. Amtsgerichts Wiesbaden vom 13. 10. 09 (Aktenzeichen 5. X. 1780) zeigen, in dem dem fürsorgeberechtigten Vater aufgegeben wird, das Kind am ersten Osterferientage auf seine Kosten von Wiesbaden nach Köln zu geleiten und es dort im Wartesaal II. Klasse der Mutter zu überlassen, die es nunmehr von Köln auf ihre Kosten nach ihrem Wohnsitz Brüssel und von dort am letzten Ferientage wieder nach Köln zurückzubringen hat.

Briefwechsel wurde von der Rechtsprechung als persönlicher Verkehr im Sinne des § 1636 übereinstimmend nicht betrachtet.[1])

Regelmäßig wird das Vormundschaftsgericht auf den Antrag eines der Ehegatten tätig werden, erforderlich ist ein solcher Antrag aber nicht. Dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit entspricht es vielmehr, daß das Gericht auch von Amts wegen von der ihm gemäß § 1636 Satz 2 zustehenden Befugnis Gebrauch zu machen hat, wenn dies im Interesse des Kindes erforderlich erscheint. Das Verfahren ist wiederum das gewöhnliche der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Notwendigkeit der Bestellung eines Pflegers für das Kind zur Wahrung der Interessen desselben ist ebenso wie im Falle des § 1635 und aus denselben Gründen wie dort abzulehnen.[2])

Daß das Vormundschaftsgericht vor Erlaß seiner Entscheidung den anderen Ehegatten oder sonstige Verwandte des Kindes zu hören habe, wie dies bei einem Verfahren nach § 1635 I 2 vorgeschrieben ist, wird vom Gesetz hier nicht

[1]) KG. in ROLG. 14, S. 252; DJZ. 07, S. 828.
[2]) RG. 60, S. 124; R. 06, Nr. 2510; JW. 06, S. 560.

verlangt.[1]) Indes dürfte eine solche Anhörung in der Mehrzahl der Fälle sehr zweckentsprechend sein.

Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich der Regelung des Verkehrs ist eine ausschließliche. Diese Bestimmung ist gerechtfertigt mit Rücksicht darauf, daß das Prozeßgericht bei der Schwerfälligkeit des Verfahrens und der dasselbe beherrschenden Verhandlungsmaxime der Aufgabe garnicht gewachsen wäre, die häufig bis auf die kleinsten Einzelheiten sich erstreckenden Bestimmungen über die Art des Verkehrs zweckmäßig zu treffen, während gerade das Beschlußverfahren des Vormundschaftsgerichts die geeignete Geschmeidigkeit besitzt, den bei solchen Streitigkeiten leicht eintretenden Wechsel der Verhältnisse berücksichtigen zu können und gleichzeitig infolge des hier geltenden Offizialprinzips die volle Berücksichtigung des Kindeswohles gewährleistet.

Das Vormundschaftsgericht ist berechtigt, seinen Anordnungen zwangsweise Geltung zu verschaffen, doch bleibt eine Entschließung hierüber seinem Ermessen überlassen. Die Frage nach der Art der Zwangsmittel findet ihre Erledigung zum Teil im Reichsgesetz, zum Teil in den Landesgesetzen und zwar kommt für Preußen neben der Auferlegung einer Ordnungsstrafe bis zu 300 Mk. für jeden Fall auch die Anwendung von Gewalt in Betracht. Welches der beiden genannten Zwangsmittel der Richter im einzelnen Falle anwenden will, unterliegt seinem freien Ermessen. Über die Art der Gewaltmittel ist im Gesetze nichts bestimmt, der Richter dürfte daher bei der Wahl derselben lediglich durch das Gebot der Rücksichtnahme auf die guten Sitten, sowie die Achtung der jedem Staatsbürger durch die Verfassung gewährleisteten und nur auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung beschränkbaren persönlichen Freiheit eingeengt sein. In erster Linie wird sich der Richter, wenn es sich um Wegnahme des Kindes beim Fürsorgeberechtigten und Zuführung an dem zum Verkehre berechtigten, aber nicht fürsorgeberechtigten Ehegatten handelt, der Hilfe des Gerichtsvollziehers bedienen, mitunter

[1]) Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 72, S. 185; Bayr. Ztg. f. R. 08, S. 92.

wird er auch die Polizei um Vollziehung seiner Anordnungen ersuchen. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides finden entsprechende Anwendung, wenn der Vollziehungsbeamte das herauszugebende Kind bei dem Verpflichteten nicht vorfinden sollte.

Die Frage, ob es dem zum persönlichen Verkehre mit dem Kinde berechtigten Ehegatten, abgesehen von der beschriebenen Art der Durchführung, freisteht, auch im Prozeßwege den Vollzug der unter den Ehegatten getroffenen Vereinbarungen oder der Anordnungen des Vormundschaftsgerichts zu erzwingen, ist in der Literatur streitig. Unter Hinweis auf die dem Vormundschaftsgericht im § 1636 eingeräumte ausschließliche Zuständigkeit lehnt das Reichsgericht jede solche Möglichkeit ab.[1]) Zuzugeben ist ohne weiteres, wie bereits erwähnt, daß das Vormundschaftsgericht ausschließlich zuständig ist, soweit es sich um die Regelung der Art des Verkehrs handelt. Fraglich erscheint es indes, ob nicht da ein Verfahren vor dem Prozeßgerichte möglich sein sollte, wo es sich um Durchführung der vormundschaftsgerichtlichen Anordnungen oder vertragsmäßigen Vereinbarungen der Ehegatten handelt. Ich möchte diese Frage bejahen und zwar aus folgenden Gründen.

Der Anspruch des nicht fürsorgeberechtigten Elternteils auf Verkehr mit dem Kinde ist, soweit er gegenüber dem andern Elternteil geltend gemacht wird, ein privatrechtlicher. Zur Entscheidung über das Bestehen privatrechtlicher Ansprüche sind gemäß § 13 GVG. die ordentlichen Gerichte berufen, soweit nicht im einzelnen Falle ausdrücklich Ausnahmen gemacht sind. Wenn vom Reichsgericht hier zugunsten des Vormundschaftsgerichts eine solche Ausnahme in Anspruch genommen wird, so widerspricht dem m. E. der klare Wortlaut des § 1636, „das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln". Diesen Worten läßt sich die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, zu entscheiden, nicht entnehmen, wenn der fürsorgeberechtigte Ehegatte sich zur Gestattung des Verkehrs nicht für verpflichtet hält und ihn deshalb verweigert, vielmehr ergibt sich aus ihnen lediglich das Recht des Vormundschafts-

[1]) Bd. 63, S. 236.

gerichts, den Verkehr zu regeln, wenn eine Einigung der Eltern hinsichtlich des Verkehrs nicht zustande kommt oder das Vormundschaftsgericht aus sich die Regelung des Verkehrs in die Hand nehmen zu müssen glaubt. Daß die Zulassung einer prozessualen Klage im einzelnen Falle unzweckmäßig ist, mag zugegeben sein. Dies trifft namentlich zu für den vom Reichsgericht gegen die hier vertretene Ansicht angeführten Fall, daß das Vormundschaftsgericht seine Anordnung nachträglich ändert, während das auf die ursprüngliche Anordnung hin erlassene Urteil nicht ohne weiteres außer Kraft tritt, sondern bestehen bleibt, bis die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. erhoben und durchgeführt ist. Mangelnde Zweckmäßigkeit ist aber kein Grund, die Zulässigkeit einer Klage zu leugnen. Allzu oft wird übrigens das Prozeßgericht nicht in die Lage kommen, den Anordnungen des Vormundschaftsgerichts zur Durchführung verhelfen zu müssen, da regelmäßig der Vormundschaftsrichter selbst von den ihm zu Gebote stehenden Zwangsmaßregeln Gebrauch machen wird. Damit wird aber nicht, wie das Reichsgericht meint, die Klage auf Durchführung der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung überhaupt entbehrlich; so steht z. B. dem württembergischen Vormundschaftsrichter als Zwangsmittel nur die Ordnungsstrafe zur Verfügung, die den Betrag von 300 Mk. im einzelnen Falle nicht überschreiten darf. Dem Reichen, für den die Zahlung der geringen Strafe einen fühlbaren Verlust nicht bedeutet, würde es dadurch möglich gemacht, sich den Anordnungen des Gerichts einfach zu widersetzen. Abgesehen davon aber, daß das Gesetz eine unterschiedliche Behandlung von Arm und Reich unter keinen Umständen zulassen darf, muß auch dem Rechte des andern Elternteils Rechnung getragen werden und dies wäre im gedachten Fall nur durch eine Verfolgung im Prozeßwege möglich.[1])

Ist die Ehe nicht geschieden, leben vielmehr die Ehegatten nur getrennt, so wird man auch hier insbesondere der Mutter

[1]) Für Zulassung der Klage Staudinger, Bem. 3, Planck, Bem. 2, v. Blume, Bem. 4 zu § 1636; Knitschky S. 162; Davidsohn S. 168; OLG. Hamburg vom 30. 3. 05 in ROLG. 11, S. 296 ff.; KG. v. 12. 6. 05 in EFGG. 6, S. 92.

das Recht, mit dem Kinde zu verkehren, nicht versagen dürfen.[1]) Denn was als Recht des schuldig geschiedenen Gatten anerkannt wird, muß um so mehr für den vielleicht aus guten Gründen getrennt lebenden gelten.[2]) Hinsichtlich der Regelung dieses Verkehrs finden die für die Scheidung geltenden Vorschriften des § 1636 entsprechende Anwendung. Zwar scheint § 1636 mit Rücksicht auf seine Stellung im Gesetze zunächst nur die Fälle der Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft umfassen zu wollen; indes dürfte diesem Umstande eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beizumessen sein; „es ist lediglich eine Folge der historischen Entwickelung, wenn der Gesetzgeber die näheren persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern immer nur im Zusammenhange mit dem Scheidungsprozeß oder für die Zeit nach Auflösung des ehelichen Bandes geregelt hat.“ [3]) Daß aber eine entsprechende Anwendung des § 1636 im Falle des bloßen Getrenntlebens gerechtfertigt erscheint, ergibt ein Blick auf die tatsächlich ganz gleichliegenden Verhältnisse im Falle der Trennung und der Scheidung. Dieselben Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßten, im Falle der Scheidung dem Vormundschaftsgericht die Regelung des Verkehrs zu überlassen, müssen somit auch für die Regelung des Verkehrs in Anspruch genommen werden, wenn die Gatten nur getrennt leben. Eine Vorschrift, nach der im Falle einer Meinungsverschiedenheit der getrennt lebenden Ehegatten über die Art und Weise des Verkehrs diese gerade an den Prozeßrichter verwiesen würden, besteht im Gesetz nicht. Dagegen ist, wo es sich um die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern handelt, in einer ganzen Reihe von Fällen (§§ 1308, 1666 usw.) die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts anerkannt worden. Es entspricht daher nur dem Geiste des Gesetzes, die in § 1636 II für den Fall der Scheidung getroffenen Bestimmung auch hier zur Anwendung zu bringen.

---

[1]) RG. 69, S. 94; OLG. Posen 17. 12. 08 in Seuff. Arch. 64, Nr. 112; Beschl. Ob. LG. München vom 9. 8. 09 in R. 09, Nr. 2823.

[2]) Dernburg IV, S. 245.

[3]) RG. 69, S. 94 ff.

C. Unterhalts- und Beitragspflicht.

Zufolge der Bestimmungen des § 1601 BGB.: Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren, haben die Kinder ihren Eltern gegenüber einen rechtlichen Anspruch auf Unterhalt. Da dieser Anspruch, wie der Wortlaut des § 1601 besagt, nicht auf der Ehe als solcher, vielmehr auf der Verwandtschaft beruht, so hat demnach die Scheidung der Ehe auf die Verpflichtung der Eltern keinen Einfluß.[1]) Ebenso bleibt grundsätzlich die Reihenfolge, in der die Eltern für den Unterhalt haften, nach wie vor dieselbe.[2]) Es haftet also auch nach der Scheidung (gemäß § 1606) der Vater vor der Mutter, solange diese nicht die Nutznießung am Kindesvermögen hat. Während aber bei bestehender Ehe der Mann, abgesehen vom Falle der Gütertrennung, infolge der ihm zustehenden Verwaltung und Nutznießung am Vermögen der Frau bezw. an einem Teile desselben aus diesem Vermögen eine gewisse Beihilfe zu den Kosten der Erziehung und des Unterhalts der Kinder bezieht, fällt diese Beihilfe nach der Scheidung zusammen mit der beendeten Nutznießung fort. Im Anschlusse an die im Falle der Gütertrennung geltenden Bestimmungen des § 1427 Abs. 2 verpflichtet daher § 1585 I die geschiedene Frau dem unterhaltspflichtigen Manne aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrage ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes, einen angemessenen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts zu leisten, soweit diese nicht durch die dem Manne an dem Vermögen des Kindes zustehende Nutznießung gedeckt werden. Wie die Unterhaltsverpflichtung, setzt auch die Beitragspflicht eine Unterhaltsberechtigung des Kindes, deren Begründung und Umfang sich aus § 1602 BGB. ergibt, voraus, und ebenso wie die Unterhaltspflicht unter den Voraussetzungen des § 1603 erlischt, muß ganz entsprechend auch die Beitragspflicht der Frau erlöschen. Die Beitragspflicht besteht unabhängig davon, ob der Mann des Beitrages bedarf oder nicht,

[1]) Staudinger, Anm. 1 zu 1585.
[2]) Sauer S. 654.

sie bleibt unberührt von der Wiederverheiratung des einen oder beider Ehegatten und besteht ohne Rücksicht auf die Schuld an der Scheidung; entsprechend seiner höchstpersönlichen Natur ist der Anspruch auf den Beitrag unübertragbar (§ 1585 Abs. 1 Satz 2) und somit gemäß § 851 ZPO. nicht pfändbar, er gehört nicht zur Konkursmasse (§ 1 KO.), Nießbrauch (§ 1069[2] BGB.) oder Pfandrecht (§ 1274 BGB.) können an ihm nicht bestellt werden, und eine Aufrechnung ihm gegenüber ist nicht statthaft (§ 394 BGB.). Er besteht endlich nur zwischen den geschiedenen Ehegatten selbst; erhebt daher etwa die Mutter als ad hoc bestellte Pflegerin des Kindes namens desselben gegen den Vater Klage auf Unterhaltsgewährung, so ist dieser hier nicht in der Lage, dem Anspruche des Kindes die Beitragsverpflichtung der Mutter entgegenzuhalten.[1]) Ist die Frau unterhaltspflichtig, weil ihr die Nutznießung am Kindesvermögen zusteht, so trifft umgekehrt den Mann eine Beitragspflicht nicht, obwohl die Voraussetzungen für eine solche Verpflichtung genau die gleichen wären, wie diejenigen, die die Beitragspflicht der Frau rechtfertigen. Indes enthält das Gesetz eine entsprechende Bestimmung nicht, den § 1585 aber analog anzuwenden, verbietet der den Materialien des Gesetzes zu entnehmende bestimmte Wille des Gesetzgebers, der den Antrag, eine Beitragspflicht auch für den Mann zu statuieren, ausdrücklich ablehnt.[2]) Die hierin liegende Härte der Frau gegenüber wird für diese um so fühlbarer, als sie des väterlichen Beitrages nicht nur dann entbehren muß, wenn die Nutznießung am Vermögen des Kindes die Kosten des Unterhalts nicht völlig deckt, sondern auch dann, wenn diese überhaupt keinen Ertrag hat, also wenn das Kind gänzlich ohne Vermögen ist. Lediglich durch Verzicht auf das Nutznießungsrecht (§§ 1662, 1686) kann sich die Frau gegen diese Härte einigermaßen schützen.

Steht der Frau die Sorge für die Person des Kindes zu, so ist sie gemäß § 1585 Abs. 2 berechtigt, den Beitrag zur eigenen Verwendung für den Unterhalt des Kindes zurück-

[1]) RG. in R. 07, Nr. 2570.
[2]) Prot. IV, 451.

zuhalten, falls bei Erfüllung ihrer Beitragspflicht eine Gefährdung des Unterhalts des Kindes z. B. durch bestimmungswidrige Verwendung des Beitrages seitens des Mannes zu besorgen wäre. Ist die Frau nicht fürsorgeberechtigt, so hat sie ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht. Nötigenfalls hätte hier das Vormundschaftsgericht gemäß § 1635 I 2 einzugreifen und dem Vater die Sorge für die Person des Kindes zu entziehen.

Die Unterhalts- oder Beitragspflicht erlischt für den sorgeberechtigten Ehegatten nicht dadurch, daß der andere Teil dem Berechtigten das Kind rechtswidrig entzieht, oder die Herausgabe verweigert. Die Klage auf Herausgabe des Kindes sowie evtl. die Schadensersatzklage bieten ihm hinlänglichen Schutz.[1])

Was die Art des Unterhalts bezw. des Beitrags hierzu anlangt, so entscheiden hierüber die Umstände des einzelnen Falles. Steht dem Unterhalts- oder Beitragspflichtigen die Sorge für die Person des Kindes zu und handelt es sich um ein unverheiratetes Kind, so liegt die Bestimmung der Art des Unterhaltes gemäß § 1612 Abs. 2 BGB. dem betreffenden Elternteile ob, er kann insbesondere das Kind in seinem Haushalte verpflegen. Aus besonderen Gründen, die namentlich dann vorliegen werden, wenn die seitens des betreffenden Elternteils gewählte Art der Unterhaltsgewährung den Interessen des Kindes widerstrebt, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Kindes, und zwar auch des minderjährigen, ohne daß es dazu der Bestellung eines Pflegers bedürfte,[2]) die Bestimmungen des betreffenden Elternteiles ändern.

In allen anderen Fällen, also namentlich wenn der Verpflichtete nicht gleichzeitig der Fürsorgeberechtigte ist, richtet sich die Art des Unterhalts nach den allgemeinen Bestimmungen des § 1612 I, nach denen der Unterhaltspflicht durch Entrichtung einer Geldrente, bezüglich deren wiederum die Vorschriften des § 760 BGB. gelten, zu genügen ist. Der Unterhalts- oder Beitragspflichtige kann jedoch, wenn im einzelnen

[1]) RG. in Gruchot 41, S. 978; a. A. Neubauer, im Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 10.

[2]) Dernburg § 70, Note 6; Staudinger 2 b β zu 1612; Planck, Bem. 2 zu 1612.

Fall besondere Gründe dies rechtfertigen, Gründe, über deren Vorliegen im Streitfalle das Ermessen des Prozeßgerichtes entscheidet, verlangen, daß ihm Gewährung des Unterhaltes in anderer Art, namentlich Naturalverpflegung, gestattet wird. Eine Abfindung in Kapital würde ihm mit Rücksicht auf § 1614 BGB. nicht zugebilligt werden können.[1]) Nicht verlangen kann ferner der Verpflichtete, daß das Kind ihm zwecks Verpflegung im eigenen Haushalte ausgeliefert werde.[2]) Ist das Verlangen des Verpflichteten, an Stelle der Geldrente den Unterhalt auf eine bestimmte andere Art zu gewähren, für den Berechtigten, und wenn es sich um den Beitrag zum Unterhalt handelt, für den Unterhaltspflichtigen unannehmbar, so gilt der Unterhalt oder Beitrag als verweigert und der Berechtigte bezw. Unterhaltspflichtige kann alsdann sofort die Entrichtung des Unterhalts in Form einer Geldrente verlangen.[3])

Während die Höhe des zu gewährenden Unterhaltes gemäß § 1610 der Lebensstellung des Bedürftigen zu entsprechen hat, stellt § 1585 hinsichtlich der Höhe des von der Frau zu leistenden Beitrages die Forderung auf, daß er angemessen sei, d. h. daß er den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen der Ehegatten entspricht. Was im § 1603 Abs. 2 hinsichtlich der Verpflichtung der Eltern gesagt ist, selbst im Falle eigener Bedürftigkeit alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der (minderjährigen unverheirateten) Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden, gilt ebenso von der Beitragspflicht der Frau, allerdings mit der Einschränkung, daß die Frau zur Inangriffnahme des Stammes ihres Vermögens nicht verpflichtet ist.

Über die Zeit, zu der der Beitrag zu leisten und darüber, ob und für welche Zeit er gegebenenfalls im voraus zu leisten ist, entscheiden die Umstände des einzelnen Falles, eventuell ist § 760 BGB. maßgebend. Leistet die Frau den Beitrag nicht oder nicht in der angemessenen Höhe, so bleibt gleichwohl der Vater verpflichtet, den Unterhalt des Kindes in

[1]) Fischer-Henle, Anm. 3 zu 1612; Anm. 2 zu 1614.
[2]) OLG. Dresden vom 9. 12. 04 im Sächs. Arch. 15, Heft 10, 633.
[3]) Badische Rechtspr. 06, Nr. 12, S. 167.

voller Höhe zu bestreiten, sowie evtl. im Falle des § 1603 Abs. 2 alle verfügbaren Mittel zu seinem und des Kindes Unterhalt gleichmäßig zu verwenden. Im gedachten Falle kann sich der Vater der gesteigerten Unterhaltsverpflichtung nicht dadurch entziehen, daß er die Mutter als „anderen unterhaltspflichtigen Verwandten" vorschiebt; als anderer Verwandter im Sinne des § 1603 ist die Mutter im Verhältnisse zum Vater nicht anzusehen.[1]) Dies geht einmal deutlich aus der Fassung des § 1603 Abs. 2 hervor, der den Eltern die andern Verwandten des Kindes gegenüberstellt, es ergibt sich ferner auch daraus, daß die Reihenfolge, in der die Eltern dem Kinde gegenüber haften, nicht im § 1603 Abs. 2, sondern vielmehr im § 1606 Abs. 2 geregelt ist, während sich die Verpflichtung der Eltern untereinander nach § 1585 richtet. Wird der Vater durch die Weigerung der Mutter, ihrer Beitragspflicht zu genügen, beeinträchtigt, so bleibt es ihm unbenommen, seinen Anspruch im Wege der Klage durchzusetzen, umgekehrt hat aber die Mutter gegenüber dem Vater kein Klagerecht, wenn dieser seiner Unterhaltspflicht nicht oder nicht gehörig nachkommt. Der Anspruch auf Unterhalt steht nur dem Kinde zu, zur Vertretung desselben ist aber regelmäßig nicht die Mutter, sondern der Vater berufen. Zur Durchführung der Klage ist daher hier dem Kinde ein Pfleger zu bestellen (§§ 1628, 1909). Daß die Mutter in diesem Falle das Amt des Pflegers bekleiden kann und meistens auch bekleiden wird, entspricht den Vorschriften der §§ 1915, 1779 ff.

Haben der Vater oder die Mutter aus eigenen Mitteln Aufwendungen für das Kind gemacht, die aus dem zu gewährenden Beitrag oder aus den vom Unterhaltspflichtigen zu gewährenden Mitteln hätten bestritten werden müssen, so können sie ihre Ansprüche gegen den anderen Ehegatten gegebenenfalls vom Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen. Leben die Ehegatten getrennt, ohne geschieden zu sein, oder ohne daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erfolgt ist, so

[1]) Dernburg, Familienrecht § 69, Note 11; OLG. Dresden vom 9. 12. 02 und 25. 9. 03 in ROLG. Bd. 6, S. 167 ff., Bd. 7, S. 418.

berührt dies die Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern in keiner Weise. Für eine Beitragspflicht der Frau fehlt es in diesem Falle an den Voraussetzungen, die eine solche Verpflichtung bei geschiedener Ehe oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft rechtfertigen.

Der der Tochter nach § 1620 BGB. gegen den Vater und subsidiär gegen die Mutter zustehende Anspruch auf eine angemessene Aussteuer wird von einer Trennung der Ehegatten, welcher Art diese auch sei, nicht berührt.

III. Erziehungsverträge.

Häufig schließen Ehegatten, die sich in der einen oder anderen Weise getrennt haben, Verträge miteinander, in denen sie sich über Art, Ort und Zeit des Verkehrs mit dem Kinde, über Art und Höhe des seitens der Frau zu leistenden Beitrages, endlich auch über die Erziehung der Kinder einigen. Es fragt sich, ob und inwieweit derartige Verträge Gültigkeit haben.

Ganz zweifellos ist die vertragliche Regelung der Beitragspflicht zuzulassen. Der Anspruch des Mannes auf den Beitrag der Frau ist obligatorischer Natur. Während das Gesetz nur die Verpflichtung zur Leistung eines (angemessenen) Beitrags ausspricht, bleibt die nähere Begrenzung und Bestimmung desselben den Ehegatten selbst überlassen. Erst im Streitfalle entscheidet das Prozeßgericht.

Zweifellos ist es ferner, wie wir oben bereits sahen, auch Sache der Eltern, in erster Linie selbst Bestimmungen über den Verkehr des Nichtfürsorgeberechtigten mit dem Kinde zu treffen. Nur dann, wenn eine Einigung unter den Eltern nicht zustande kommt, oder etwa deren Inhalt das Wohl des Kindes gefährdet, soll das Vormundschaftsgericht eingreifen. Immerhin ist schon bei diesen Verträgen, ganz besonders aber bei den Verträgen, die sich mit der Erziehung der Kinder beschäftigen, zu beachten, daß sowohl das Verkehrsrecht, wie auch das Recht der Sorge für die Person unverzichtbare Rechte sind. Sollten daher die Eltern vertraglich auf eines der genannten Rechte verzichten, so würde dieser Verzicht und damit gegebenenfalls der ganze Vertrag ungültig, nichtig sein.

Häufig wollen die Eltern nicht auf ihr Erziehungsrecht verzichten, vielmehr nur die Ausübung dieses Rechtes dem anderen Teil überlassen. Insoweit würde der Vertrag einem solchen gleichen, wie er zuweilen vom Erziehungsberechtigten etwa mit einer Erziehungsanstalt geschlossen wird. Die Frage, ob derartige Verträge gültig sind, ist regelmäßig zu bejahen.[1]) Die Gründe, die gegen die Zulässigkeit eines Verzichtes auf das Erziehungsrecht sprachen, kommen hier nicht in Frage. Wer ein Recht nur der Ausübung nach überträgt, gibt es damit nicht auf; die Möglichkeit, im gegebenen Falle die Ausübung des Rechtes selbst wieder zu übernehmen, bleibt bestehen. Etwas Unmögliches, wie der Verzicht auf das Erziehungsrecht, bedeutet die Übertragung der Ausübung nicht, und ebenso wenig verstößt sie gegen die guten Sitten; hätte sich selbst einer der Ehegatten aus unlauteren Beweggründen, z. B. um der Last der Erziehung enthoben zu sein, zum Abschlusse des Vertrages bestimmen lassen, so würde dies den Vertrag nicht zu einem unsittlichen stempeln; denn nicht auf die Beweggründe, vielmehr auf den Inhalt des Vertrages kommt es an. Grundsätzlich ist also die Übertragung der Ausübung des Erziehungsrechtes statthaft. Soll diese indes praktisch einem Verzichte nicht gleichkommen, so muß es dem Fürsorgeberechtigen freistehen, erforderlichenfalls jederzeit den geschlossenen Vertrag zu widerrufen. Daß hierdurch der Wert der Zulassung derartiger Verträge ganz in Frage gestellt werde, wie vielfach behauptet wird,[2]) ist nicht einzusehen. Zwar ist auf der einen Seite unbedingt das Recht, ja die Pflicht des Fürsorgeberechtigten, anzuerkennen, die Erziehung wieder zu übernehmen, wenn das Interesse des Kindes es erfordert. Andererseits ist jedoch, wenn der Fürsorgeberechtigte von seinem Widerrufsrechte nur zu dem Zwecke Gebrauch macht, dem andern Elternteile oder dem Kinde Schaden zuzufügen, sein Widerruf gemäß § 266 BGB. unbeachtlich. Aber auch ohne daß eine Schikane des Fürsorgeberechtigten vorzuliegen braucht, kann unter Umständen der andere Elternteil den Wirkungen seines Widerrufs mit Erfolg

[1]) Davidsohn S. 166; JW. 03, S. 63.
[2]) So Licius S. 68.

begegnen. Gewichtige Gründe, etwa der drohende Wechsel in der Person des Erziehenden, können dafür sprechen, daß im Interesse des Kindes der durch den Vertrag geschaffene Zustand aufrecht erhalten bleibt. Es können also die Voraussetzungen des § 1635 I 2 gegeben sein, unter denen das Vormundschaftsgericht befugt ist, eine von der normalen abweichende Regelung des Rechtes der Personensorge zu treffen. Die Erwirkung eines solchen Beschlusses stände dann dem Herausgabeanspruch des ursprünglich berechtigten Elternteiles entgegen. Das gleiche gälte, wenn in dem Widerruf des Vertrages etwa ein Mißbrauch der Sorge für die Person des Kindes zu erblicken wäre. Dieser Fall läge beispielsweise dann vor, wenn der Sorgeberechtigte, abgesehen vom Fall der Schikane, ohne besondere Gründe das Kind aus zweifellos guter Pflege herauszunehmen beabsichtigte, während seine eigenen Verhältnisse den Interessen des Kindes nicht gerecht zu werden vermöchten.

Bei Verträgen von beschränkter Dauer ist einmal für die Zulassung des Widerrufs das Vorliegen eines wichtigen Grundes gefordert worden.[1]) „Wenn das Interesse des Kindes dies gebiete, müsse allerdings der Fürsorgeberechtigte in der Lage sein, sofort die Erziehung wieder selbst in die Hand zu nehmen. Ein absolutes Widerrufsrecht unter allen Umständen sei aber nicht erforderlich. Die Sachlage unterscheide sich bei Verträgen zwischen den Ehegatten selbst ganz wesentlich von denjenigen, die mit dritten Personen geschlossen würden. Dem Dritten gegenüber, der aus sich ein Erziehungsrecht nicht habe, müsse der Fürsorgeberechtigte allerdings berechtigt sein, jederzeit eine Aufhebung des Vertrages zu bewirken. Durch Natur und Gesetz sei aber sowohl dem Vater wie der Mutter ein Erziehungsrecht gegeben. Sowohl beim Vater wie bei der Mutter befände sich das Kind in natürlicher Hut. Durch den Abschluß des Vertrages habe der Fürsorgeberechtigte bewiesen, daß er dem andern Elternteile auf kurze Zeit das Kind wohl anzuvertrauen glauben dürfe. Daß er in einem solchen Falle den Vertrag nur widerrufen dürfe, wenn ein

[1]) André S. 32.

wichtiger Grund vorliegt, widerspräche weder dem Wesen der elterlichen Gewalt, noch den sittlichen Anschauungen unseres Volkes."

Diesen Ausführungen, die den Vorzug der Zweckmäßigkeit mit denen der Billigkeit verbinden, die den Interessen des Kindes weitgehend Rechnung tragen und denen auch juristische Bedenken nicht entgegenstehen dürften, möchte ich beitreten.

Unter den angegebenen Voraussetzungen sind demnach Verträge unter den Eltern für gültig zu halten. In der Mehrzahl der Fälle werden die Verträge in dem Bestreben, das Verhältnis der Eltern zu einander und den Kindern gegenüber möglichst umfassend zu regeln, zugleich Bestimmungen über die Erziehung, den Unterhalt der Frau, ihren Beitrag zu den Erziehungskosten, über den Verkehr mit den Kindern usw. treffen. Ob und inwieweit hierbei wegen der eventuellen Nichtigkeit eines Punktes der ganze Vertrag hinfällig wird oder nicht, richtet sich nach den allgemeinen Regeln.

Schluß.

a) Übergangsrecht.

Auf die rechtliche Stellung der Kinder aus Ehen, deren Trennung vor Einführung des BGB., also nach altem Recht, vollzogen wurde, finden im wesentlichen die Vorschriften des BGB. Anwendung (Art. 203 EG. z. BGB.). Eine Abweichung zugunsten der bisherigen Gesetze gilt lediglich insofern, als sich das Recht und die Pflicht der Eltern für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, auch fernerhin nach diesen Gesetzen bestimmen (Art. 206). Gleichwohl finden gemäß Art. 206 auch hier die Vorschriften des BGB. Anwendung, nach denen das Vormundschaftsgericht im besonderen Falle befugt ist, abweichende Anordnungen hinsichtlich der Personensorge zu treffen (1635 I 2), sowie ferner die Vorschriften, die die Vertretungsmacht des Vaters (1635 II) und das Recht des Verkehrs mit dem Kinde (1636) regeln. Daß man gerade das Verhältnis der persönlichen Fürsorge durch das neue Recht unbeeinträchtigt ließ, geschah in der Hauptsache im Interesse des Kindes, und zwar aus dem schon mehrfach erwähnten Grundgedanken heraus, daß ein möglicherweise notwendiger Wechsel in der Person des Erziehungsberechtigten für das Kind erfahrungsgemäß äußerst schädlich sein könne. Zudem würde es gegenüber dem bisher erziehungsberechtigten Gatten eine ungerechtfertigte Härte gewesen sein, wollte man diesem nunmehr ohne weiteres das Erziehungsrecht nehmen, und endlich hätten sich auch der Anwendung des § 1635 I unter Umständen insofern Schwierigkeiten entgegengestellt, als nach früherem Rechte Scheidungsurteile nicht immer einen Schuldausspruch enthielten.[1]) Daraus, daß für das Recht

[1]) S. 294 der amtlichen Ausgabe.

der Personensorge die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, folgt zunächst, daß sich auch die Zuständigkeit des Gerichtes zur Bestimmung des Ehegatten, dem die Kinder anzuvertrauen sind, nach altem Recht richtet.[1]) Klagt ein nach altem Recht geschiedener Ehegatte auf Herausgabe des Kindes, so gilt auch hier altes Recht.[2])

Während aber gemäß Artikel 206 die Frage, welchem der beiden Ehegatten das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, zusteht, der Beantwortung durch das bisherige Recht überlassen bleibt, bestimmen sich Inhalt und Umfang dieses Rechtes nach den Grundsätzen des BGB.[3])

Ob das frühere Recht auch dann maßgebend bleibt, wenn einer der Ehegatten gestorben ist, oder ob in diesem Falle das Recht des BGB. gilt, ist aus dem Gesetz ohne weiteres nicht ersichtlich. Das Gesetz enthält insofern eine Unklarheit, deren Behebung Aufgabe einer sachgemäßen Auslegung ist.

Aus der Fassung des Artikels, in dessen zweitem Satz auf die Anwendbarkeit der §§ 1635 I 2 und Abs. 2 und 1636 hingewiesen wird, also auf Vorschriften, die im Zusammenhange mit § 1635 I 1 nur für den Fall Bedeutung haben, daß beide Eltern noch leben, ließe sich bei oberflächlicher Betrachtung der Schluß ziehen, daß auch Art. 206 nur für diesen Fall gelten solle. Nimmt man aber umgekehrt an, durch Art. 206 sei die dauernde Regelung des Erziehungsrechtes geschiedener Ehegatten beabsichtigt, so haben die Vorschriften der §§ 1635 I 2, Abs. 2 und 1636 auch dann Sinn, wenn nur einer der Ehegatten noch am Leben ist. Diese Vorschriften mußten also, um eine Lücke im Gesetz zu vermeiden, auf jeden Fall erlassen werden, für die Auslegung des Art. 206 in der einen oder anderen Richtung haben sie aber keine Bedeutung. Gegen die Annahme einer beschränkten Geltungsdauer spricht

[1]) ROLG. 4, S. 102; Recht 02, S. 103, Nr. 478; RG. 46, S. 168; OLG. Hamburg in Hanseatische Gerichtszeitung 00, Beibl. S. 137; Affolter S. 236.

[2]) RG. 46, S. 168; 49, S. 156; KG. 20 vom 11. 7. 00 in ROLG. 1, S. 278 ff.; OLG. Hamburg vom 23. 2. 00 in R. 00, S. 175; Affolter S. 236.

[3]) ROLG. 1, S. 278; 4, S. 356; RG. vom 20. 6. 04 in Gruchots Beitr. 49, S. 372; RG. 62, S. 286; R. 06, S. 309.

der Wortlaut des Art. 206 insofern, als man diesem im gedachten Falle sehr wahrscheinlich eine andere, mehr dem Wortlaut des § 1635 entsprechende Fassung gegeben hätte. § 1635 bringt seine beschränkte Gültigkeit mit den Worten: „so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, usw." zum Ausdruck. Statt einer solchen oder ähnlichen Fassung entspricht die des Art. 206 aber derjenigen des Art. 203, der unbeschränkt gilt, sowohl wenn beim Inkrafttreten des BGB. beide Eltern noch lebten, wie auch in dem Falle, daß später einer von ihnen stirbt oder schon beim Inkrafttreten des BGB. gestorben war. Hieraus läßt sich der Rückschluß ziehen, daß entsprechend auch Art. 206 in seiner Geltungsdauer unbeschränkt sein sollte. Wollte man dies nicht annehmen, so kämen diese Vorschriften demgemäß anders als diejenigen des Art. 203 gar nicht zur Anwendung, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits einer der Ehegatten gestorben war. In diesem Falle wäre aber die Fassung des Art. 206 unrichtig gewählt, eine Annahme, für die um so weniger Grund vorliegt, als gerade im BGB. durchweg auf den Wortlaut ganz besondere Sorgfalt verwandt wurde.

Der Wortlaut des Art. 206 spricht somit mehr für dessen unbeschränkte Gültigkeitsdauer. Dieser Auffassung steht auch die Entstehungsgeschichte des Artikels nicht entgegen. Gegenüber dem früher geltenden Recht bedeutete das heute für die Beziehungen der Eltern zu den Kindern maßgebende Verhältnis der elterlichen Gewalt mit der grundsätzlich anerkannten Gleichberechtigung beider Elternteile, wie erwähnt, eine durchgreifende Neuerung; trotzdem hatte man keine Bedenken, alle Vorschriften des neuen Rechtes fortan auch auf das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den vor Inkrafttreten desselben geborenen Kindern anzuwenden mit der einen in Art. 206 statuierten Ausnahme, daß anstelle der Vorschriften des § 1635 I 1 die bisherigen Gesetze gelten sollten. Bereits im Art. 124 des ersten Entwurfs zum BGB. war diese Sonderbestimmung vorgesehen und lautete: „..... so sind für die Beurteilung, welchem Elternteile die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zusteht, die bisherigen Gesetze maßgebend." Begründet wurde diese Maßregel mit den auch

für den heutigen Art. 206 zu diesem Zwecke noch in Anspruch genommenen und oben angeführten Tatsachen. Ohne Debatte und ohne daß Anträge gestellt wurden, fand der Artikel die Billigung der zweiten Kommission.[1]) Es wurde deshalb bei der zweiten Beratung der Kommission ganz übergangen und erhielt späterhin die heutige Fassung. Aus dem bekannten Grundsatze des neuen Rechtes, daß also an sich beide Ehegatten gleichberechtigt sind, während nur das Recht des einen in gewissen Beziehungen zugunsten des anderen eine Beschränkung erleidet, die indes mit dem Tode des Berechtigten wegfällt, in Verbindung namentlich mit der ursprünglichen, sich mehr an die des § 1635 I 1 anlehnende Fassung des Art. 206 ließe sich vielleicht folgern, daß ebenso wie § 1635 I 1 auch Art. 206 nur gelten solle, solange beide Eltern leben. Ob dies aber wirklich Absicht des Gesetzes gewesen ist, läßt sich mit Sicherheit daraus nicht sagen. Es ist immerhin zweifelhaft, und dies um so mehr, als man die ursprüngliche Fassung des Artikels später wesentlich änderte.

Aus der Entstehungsgeschichte ist demnach für die Frage, ob beschränkte oder unbeschränkte Geltung des § 206 gewollt ist, wenig zu entnehmen; eine volle Entscheidung der Frage und zwar zugunsten der unbeschränkten Geltungsdauer, dürfte aber der Vergleich erbringen, welche der beiden Möglichkeiten dem Zwecke des Gesetzes mehr gerecht wird.

Wie bereits erwähnt, sollte der Art. 206 vor allem im Interesse des Kindes einem Wechsel in der Person des Erziehungsberechtigten vorbeugen. Die Gefahr eines solchen Wechsels bestand aber nicht nur in dem Falle, daß beide Eltern beim Inkrafttreten des BGB. noch lebten, vielmehr drohte sie ebenso dann, wenn einer der Ehegatten bereits vorher verstorben war. Hätte z. B. der erziehungsberechtigte Elternteil letztwillig das Erziehungsrecht einem Dritten, etwa seiner zweiten Frau, übertragen, wie dies im bisherigen Recht möglich war und häufig geschah, so würde, wenn mit dem Inkrafttreten des BGB. nun der seither vom Erziehungsrecht ausgeschlossene Elternteil die Erziehung übernähme, dadurch ein erneuter

[1]) Prot. Bd. VI, S. 548.

Wechsel in der Person des Erziehungsberechtigten eintreten, was gerade vermieden werden sollte. Bleiben die bisherigen Gesetze in Kraft, so hat es der Erziehungsberechtigte in der Hand, durch letztwillige Übertragung des Erziehungsrechtes auf jemanden, der vielleicht schon jahrelang die Erziehung des Kindes leitete, tatsächlich einen Wechsel in der Person des Erziehenden zu verhindern, der andernfalls unvermeidlich wäre.

Weniger wichtig, aber immerhin beachtlich erscheint der Umstand, daß im Falle der unbeschränkten Geltung des Art. 206 auch das Interesse des nach altem Rechte Erziehungsberechtigten besser gewahrt wird. Bedarf auch die Person des Verstorbenen keiner Rücksichtnahme mehr, so bedeutete es doch eine Beeinträchtigung seines Rechtes, wollte man ihm die Befugnis letztwillig über sein Erziehungsrecht zu verfügen, nunmehr aberkennen.

Aus den angeführten Gründen rechtfertigt sich also die Ansicht, daß Artikel 206 auch dann noch Geltung behält, wenn einer der Ehegatten gestorben ist.

b) Örtliche Geltungsgrenzen.

Der Vollständigkeit der Darstellung wegen erübrigt es, zum Schlusse noch kurz auf die örtlichen Grenzen hinzuweisen, die der Anwendbarkeit der dargelegten Vorschriften gezogen sind.

Nach dem im BGB. zwar nicht direkt ausgesprochenen, aber im Prinzip anerkannten Grundsatze, daß die Rechtsstellung einer Person sich nach dem Rechte ihres Heimatstaates richtet, in Verbindung mit der Erwägung, daß der Mann das Haupt der Familie ist und die Familienverhältnisse gleichem Rechte unterstehen müssen, ergibt sich die Folge, daß für die Verhältnisse der Familienglieder zueinander die Gesetze des Staates maßgebend sind, dem der Ehemann bezw. der Vater angehört.

Danach kommen hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen den Eltern und ihren Kindern, sofern der Vater Deutscher ist, grundsätzlich die deutschen Gesetze zur Anwendung (Art. 19). Dies gilt auch dann, wenn die Eltern im

Auslande ihren Wohnsitz haben. Auf das Rechtsverhältnis zwischen Ausländern und ihren Kindern finden dagegen die entsprechenden ausländischen Gesetze Anwendung.

Im Falle des Todes des Vaters bleiben gemäß Art. 19 die deutschen Gesetze weiter maßgebend, sofern die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt. Ein Wechsel der Staatsangehörigkeit des Vaters bezw. der Mutter bedingt grundsätzlich eine Änderung der anzuwendenden Rechtsvorschriften. Die deutschen Gesetze bleiben dagegen maßgebend, wenn gleichwohl die Reichsangehörigkeit des Kindes bestehen geblieben ist (Art. 19).